



## Tilburg University

### **ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426 (speelautomatenhal Vlaardingen)**

Wolswinkel, Johan

*Publication date:*  
2016

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Wolswinkel, J., (2016). *ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426 (speelautomatenhal Vlaardingen)*, No. ECLI:NL:RVS:2016:2927

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

voornaamste doelstelling van de Wav, te weten het voorkomen en ontmoedigen van illegale tewerkstelling. Verder heeft de tewerkstelling van de vreemdelingen 1 en 2 geleid tot verdringing van legaal arbeidsaanbod in Nederland. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat, zoals de minister ter zitting van de Afdeling heeft toegelicht, het UWV WERKbedrijf voor de functies nasi/bamikok en souschef geen tewerkstellingsvergunningen afgeeft, omdat voor die functies prioriteit genietend aanbod op de arbeidsmarkt aanwezig is. Gelet op het vorenstaande klaagt appellante tevergeefs dat de boeteoplegging in strijd is met artikel 3:3 van de Awb. Dat, naar appellante stelt, zij geen financieel voordeel van de overtredingen heeft genoten, biedt op zichzelf geen grond voor matiging van de boete, nu dat geen afbreuk doet aan de ernst van de overtredingen, in het licht van de hiervoor weergegeven doelstellingen van de Wav. Het betoog faalt.

8. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

9. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

### Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### Noot

1. Deze uitspraak is opgenomen om de bewijsoverwegingen over de cautie, over de latere in bezwaar overgelegde verklaringen, de ondertekening van de verklaring door de toezichthouder en de vaststelling dat de toezichthouder niet zelf behoeft te constateren.

2. Net zoals dat in het strafprocesrecht het geval is, dient de cautie te worden gegeven voorafgaand aan het stellen van vragen naar de betrokkenheid bij een strafbaar of beboetbaar feit (het verhoor) door de verdachte/ vermoedelijke overtreder. Degene die als getuige wordt verhoord, behoeft niet voorafgaand op een zwijgrecht te worden gewezen omdat zij of hij dat niet heeft (zie bijvoorbeeld ABRvS 18 maart 2015 ECLI:NL:RVS:2015:838 en ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4707 (op moment van het stellen van vragen was er nog geen verdenking)). Dit ligt anders indien de getuige een medeverdachte is die door te verklaren over zijn eigen strafbare feit belastend zou kunnen verklaren.

3. Er is inmiddels redelijk wat jurisprudentie over de bewijskracht van verklaringen waar een of meer handtekeningen ontbreken. Een door een toezichthouder opgenomen ver-

klaring van de overtreder of een getuige die niet is ondertekend door degene die deze verklaring heeft afgelegd, heeft nog steeds bewijskracht (zie bijvoorbeeld CRvB 8 januari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BY7959). In de onderhavige uitspraak zien we een voorbeeld van een verklaring van een getuige die wel door deze getuige is ondertekend, maar niet door de toezichthouder.

4. Er was in de boetejurisprudentie veel aandacht voor de betwisting van de in processen-verbaal en verslagen van toezichthouders beschreven eigen waarnemingen van de arbeid door vreemdelingen (zonder tewerkstellingsvergunning), en dat leek de aandacht af te leiden van de vaststelling dat het bewijs dat zich een beboetbaar feit heeft voorgedaan ook met andere bewijsmiddelen en toezichtmethoden rond kan komen, zoals het veelgebruikte administratief onderzoek. Het ligt dan ook zeer voor de hand dat de Afdeling onder verwijzing naar ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4707; AB 2015/190 oordeelt dat niet is voorgeschreven dat een arbeidsinspecteur van de Inspectie SZW de werkzaamheden ook feitelijk moet hebben geconstateerd. O.J.D.M.L. Jansen

### AB 2016/426

#### AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

2 november 2016, nr. 201406676/1/A3

(Mrs. M. Vlasblom, C.J. Borman, H. Bolt, J.W. van de Gronden, G.T.J.M. Jurgens; A-G mr. R.J.G.M. Widdershoven)  
m.nt. C.J. Wolswinkel

Art. 30c Wet op de Kansspelen; art. 2, 3, 6 Verordening Speelautomaten Vlaardingen 2008

BA 2016/295

ECLI:NL:RVS:2016:2927

**Op grond van het gelijkheidsbeginsel moet bij de verdeling van schaarse vergunningen reële mededingingsruimte worden geboden en in een passende mate van openbaarheid worden voorzien door tijdige en adequate bekendmaking van relevante informatie.**

*De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm komt ook tot uitdrukking in de*

uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBB) van 3 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, Swiss Leisure Group). In deze uitspraak heeft het CBB geoordeeld dat andere ondernemers, op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden mee te dingen naar de schaarse vergunning. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.

Uit deze rechtsnorm vloeit voort dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd, doch alleen tijdelijk kunnen worden verleend. De vergunninghouder wordt immers bij verlening voor onbepaalde tijd onevenredig bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt. De Afdeling sluit in zoverre aan bij de uitspraken van het CBB van 15 mei 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BW6630) en van 24 augustus 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BX6540).

De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, in dit geval de gemeentelijke verordening, of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Een eis die in ieder geval geldt, is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen. Dit laat onverlet dat de eigenaar van een pand bestel over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie.

De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

Uitspraak op het hoger beroep van appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 1 juli 2014 in zaak nr. 13/5451 in het geding tussen:

appellante

en

de burgemeester van Vlaardingen.

## Conclusie A-G mr. R.J.G.M. Widdershoven:

De voorzitter van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State, mr. J.E.M. Polak, heeft mij bij brief van 28 januari 2016 verzocht een conclusie, als bedoeld in artikel 8:12a Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), te nemen over onder meer de vragen of er naar Nederlands recht een rechtsnorm bestaat die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte wordt geboden om naar de beschikbare vergunningen mee te dingen, op welke rechtsgrondslag die norm is gebaseerd en of er uitzonderingen op de norm zouden kunnen bestaan.

In deze conclusie wordt betoogd dat de door de voorzitter bedoelde rechtsnorm inderdaad bestaat. Zij is gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel, het beginsel van gelijke kansen. De rechtsnorm sluit in beginsel geen enkele verdelingsprocedure uit, ook niet de verdeling op volgorde van binnenkomst. Wel moet het bestuur ter realisering van het beginsel van gelijke kansen een 'passende mate van openbaarheid' garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Om als 'passend' te kwalificeren moet deze informatie tijdig wordt verstrekt (voor het begin van de aanvraagperiode), moet zij adequaat bekend worden gemaakt en moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. De eis van passende openbaarheid wordt bij voorkeur gebaseerd op een contextueel te erkennen nationaal beginsel van transparantie.

De verwezenlijking van de rechtsnorm kan worden beperkt door het formeel-wettelijk kader van de schaarse vergunning zelf of door dat van andere vergunningen die voor de realisering van de te vergunnen activiteit nodig zijn. Bovendien kunnen rechten van anderen een rechtvaardiging vormen voor beperking van de rechtsnorm. Ten slotte kan op de rechtsnorm uitzondering worden gemaakt in het geval van uniciteit.

### 1. Feiten en procesverloop

1.1 De Wet op de Kansspelen (Wok) eist dat de gemeenteraad, indien in een speelautomaatenhal wordt voorzien, een verordening vaststelt waarin aan de burgemeester de bevoegdheid wordt gegeven vergunningen te verlenen voor het exploiteren van een speelautomaatenhal en het aanwezig hebben van speelautomaten.

1.2 De gemeenteraad van Vlaardingen heeft zich lange tijd op het standpunt gesteld dat geen

verordening op grond van de Wok wordt vastgesteld en dat speelautomaten slechts zijn toegestaan in horecabedrijven met een maximum van twee per bedrijf.

1.3 Appellante heeft zich vanaf 1987 met enige regelmaat gewend tot het gemeentebestuur met het verzoek medewerking te verlenen aan de vestiging van een speelautomatenhal op verschillende locaties in Vlaardingen. Op 3 december 2004 verzocht appellante om medewerking te verlenen aan de vestiging van een speelautomatenhal in het pand Veerplein 134, dat na het vertrek van V&D in 2004 leegstond. Het college berichtte haar in februari 2005 dat de verordening geen mogelijkheid biedt voor de vestiging van een speelautomatenhal en dat het geen aanleiding ziet aan de gemeenteraad een voorstel te doen om de verordening te wijzigen. Vervolgens wendde appellante zich in februari 2005 met hetzelfde verzoek tot de raadscommissie en de gemeenteraad. In reactie hierop berichtte het college haar op 4 mei 2005 dat er meer tijd nodig is om het verzoek van appellante en andere verzoeken te bespreken.

1.4 Op 24 mei 2005 verscheen een persbericht van de gemeente Vlaardingen waarin staat dat het college op initiatief van ING Real Estate, de toenmalige eigenaar van het pand Veerplein 134, heeft besloten de vestiging van een bioscoop, casino en restaurant in dat pand te onderzoeken.

1.5 In juni 2005 informeerde appellante bij ING Real Estate naar de verhuurmogelijkheden van het pand Veerplein 134. ING Real Estate berichtte haar bij brief van 9 juni 2005 dat zij vanaf 2004 gezamenlijk met een exploitant bezig is een invulling te geven aan het pand met een bioscoop en mogelijk een casino. "Van verhuur aan appellante of andere huurgedagiden in het amusementsegment is dan ook geen sprake". Bij brief van 10 november 2005 heeft appellante vervolgens aan het college meegedeeld een speelautomatenhal te willen ontwikkelen op het perceel Westhavenkade 35/36.

1.6 Op 22 december 2005 heeft de raadscommissie in een openbare vergadering de Nota bioscoop met amusementshal besproken. Blijkens het verslag werd tijdens die vergadering alleen gesproken over het ontwikkelen van een amusementshal in het pand aan het Veerplein 134 en niet over de door appellante voorgestelde locatie Westhavenkade 35/36, die op ongeveer 500 meter van het Veerplein 134 ligt.

1.7 Begin 2006 heeft ING Real Estate een verzoek om vrijstelling van het bestemmingsplan

ingediend als bedoeld in artikel 19 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening voor onder meer een bioscoop, een speelautomatenhal en horeca in het pand aan het Veerplein 134 en een aanvraag om een bouwvergunning.

1.8 In een brief aan appellante van 14 juni 2006 heeft het college geschreven dat het van mening is dat een amusementshal thuishoort in het centrum en deel dient uit te maken van een zogenoemd leisureconcept.

1.9 In juli 2007 sluiten het college en ING Real Estate B.V. de Studieovereenkomst project Leisureconcept Veerplein. Doel van de overeenkomst is dat ING de tijd krijgt om de nodige onderzoeken te doen voor de vestiging van een amusementscentrum met een bioscoop, amusementszaal en een eetgelegenheid aan het Veerplein 134. Dit resulteert in het Onderzoeksrapport Project Leisureconcept Veerplein van 13 november 2007.

1.10 Op 18 december 2008 heeft de gemeenteraad ingestemd met het voorstel van het college om de Verordening Speelautomaten Vlaardingen 2008 (hierna: de verordening of VSV 2008) vast te stellen. In de verordening is bepaald dat de burgemeester bevoegd is voor maximaal één speelautomatenhal een exploitatievergunning te verlenen, gevestigd in het gebied zoals aangegeven op de bij de verordening behorende en als zodanig gewaarmerkte kaart. Dat gebied omvat het Veerplein en één aansluitend blok bebouwing begrensd door de Waalstraat, de Kuiperstraat en het Liesveld. De Westerhavekade 35/36 valt buiten dit gebied. Verder is onder meer bepaald dat de ondernemer bij de aanvraag een verklaring dient te overleggen waaruit blijkt dat hij gerechtigd is over de ruimte te beschikken. De vergunning wordt onder meer geweigerd als het maximaal aantal af te geven vergunningen voor speelautomatenhallen is verleend, als de speelautomatenhal, waarop de aanvraag betrekking heeft, zal worden gevestigd buiten het op de gewaarmerkte kaart aangewezen gebied, en als de exploitatie of vestiging van de speelautomatenhal strijd oplevert met het bestemmingsplan. De inwerkingtreding van de verordening is uitgesteld tot een nader te bepalen tijdstip. Op die wijze kan worden voorkomen dat aanvragen voor exploitatievergunningen worden ingediend, terwijl nog geen besluit is genomen over de planologische aanvaardbaarheid van een vestiging van een speelautomatenhal uit oogpunt van een goede ruimtelijke ordening.

1.11 Tegelijk met het voorstel tot vaststelling van de verordening heeft het college aan de raad het voorstel gedaan in te stemmen met de realisatieovereenkomst voor een zogenoemd

leisureconcept tussen de gemeente Vlaardingen en ING Real Estate B.V. Het concept omvat een bioscoop met zes zalen, een casino en een restaurant. Volgens het voorstel hangen de verordening en de overeenkomst met elkaar samen, wat een gelijktijdige behandeling noodzakelijk maakt. De gemeenteraad heeft op 18 november 2008 met het voorstel en de overeenkomst ingestemd.

1.12 Op 13 juli 2009 wordt door Green Retail House B.V., de nieuwe eigenaar van het pand Veerplein 134, een bouwvergunning voor de verbouw van het pand Veerplein 134 tot onder meer bioscoop, amusementshal en fitnesscentrum ingediend.

Hommerson dient op 27 januari 2010 een aanvraag voor een exploitatie- en aanwezigheidsvergunning in voor een speelautomatenhal in het pand Veerplein 134.

1.13 Bij besluit van 12 oktober 2010 stelt het college het projectbesluit als bedoeld in artikel 3.10 van de Wet ruimtelijke ordening vast, ten behoeve van de vestiging van een leisurecentrum met bioscoop, amusementscentrum, fitnesscentrum en grandcafé door Green Retail House B.V. Op 21 oktober 2010 wordt de bouwvergunning fase 1 voor het verbouwen van het winkelpand aan het Veerplein 134 (bioscoop, leisure en fitness) verleend aan Green Retail House B.V. De bouwvergunning tweede fase wordt begin 2011 verleend. Tegen deze besluiten zijn geen rechtsmiddelen ingesteld, zodat ze in rechte onaantastbaar zijn geworden.

1.14 De verordening treedt op 23 maart 2011 in werking.

1.15 Appellante heeft op 6 april 2011 een aanvraag voor een exploitatie- en aanwezigheidsvergunning voor een speelautomatenhal aan het Veerplein 134 ingediend. Bij brieven van 27 mei 2011 en 12 september 2011 heeft de burgemeester verzocht de aanvraag aan te vullen.

1.16 De gemeenteraad heeft op 29 september 2011 het bestemmingsplan Stadshart vastgesteld. Aan de gronden Veerplein 134 is de bestemming "Centrum" en de functieaanduiding 'cultuur en ontspanning' toegekend. Deze bestemming voorziet in een amusementscentrum met een oppervlakte van ten hoogste 900 m<sup>2</sup>. Tegen het bestemmingsplan zijn geen zienswijzen ingediend en is geen beroep ingesteld.

1.17 Hommerson heeft op 20 oktober 2011 een huurovereenkomst gesloten met Green Retail House B.V. voor een deel van het pand Veerplein 134.

1.18 De burgemeester heeft bij besluit van 21 december 2012 aan Hommerson een exploitatievergunning verleend voor de duur van vijf

jaar en heeft bij besluit van dezelfde datum een aanwezigheidsvergunning voor 200 speelautomaten verleend met een geldigheidsduur tot 31 december 2012. Bij besluit van 16 januari 2013 is aan Hommerson een aanwezigheidsvergunning verleend tot 31 december 2013. De aanvragen van appellante zijn door de burgemeester bij besluit van 28 december 2012 geweigerd, omdat appellante niet de beschikking heeft over het pand, een eis die de verordening stelt, en omdat al vergunningen zijn verleend aan Hommerson.

1.19 Appellante heeft tegen deze besluiten bezwaar gemaakt en nadat het bezwaar gedeeltelijk niet-ontvankelijk en voor het overige ongegrond was verklaard, beroep ingesteld bij de rechtbank. De rechtbank Rotterdam heeft bij uitspraak van 1 juli 2014 het beroep tegen de aanwezigheidsvergunningen niet-ontvankelijk verklaard en het beroep voor het overige ongegrond verklaard. Tegen deze uitspraak heeft appellante hoger beroep ingesteld.

1.20 Appellante betoogt in hoger beroep onder meer dat de verordening waarop de vergunningen zijn gebaseerd onverbindend is. De verordening maakt de vestiging van een speelautomatenhal op slechts één locatie en ten behoeve van slechts één exploitant mogelijk. Het bij de verordening aangewezen gebied waarbinnen een vergunning kan worden verleend is weliswaar groter dan het perceel Veerplein 134, maar binnen het aangewezen gebied zijn geen andere panden aanwezig die geschikt zijn voor een speelautomatenhal met 200 automaten al dan niet als onderdeel van een leisureconcept, aldus de Vries. Voorts blijkt uit de tussen ING Real Estate B.V. en de gemeente gesloten overeenkomsten dat met de vaststelling van de verordening de vestiging van een speelautomatenhal werd beoogd op uitsluitend het perceel Veerplein 134. Het besluit de verordening pas in werking te laten treden nadat de planologische besluitvorming over Veerplein 134 is afgerond, bevestigt volgens appellante dat de verordening alleen is vastgesteld om de vestiging van een speelautomatenhal in het pand Veerplein 134 mogelijk te maken.

Appellante betoogt verder dat de in de verordening opgenomen voorwaarde dat de ondernemer bij de aanvraag voor een exploitatievergunning een verklaring dient te overleggen dat hij over de ruimte kan beschikken, onredelijk is, nu daardoor ondernemers die al over een ruimte beschikken worden bevoordeeld. Op dit punt is bij de vaststelling van de verordening onder meer gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Appellante uit verder bezwaren tegen de wijze waarop de vergunningen aan Hommerson zijn verleend. Andere potentiële gegadigden dan Hommerson hebben volgens appellante geen reële mogelijkheid gehad mee te dingen naar de vergunning. De verordening bevat voorts geen bepaling dat andere exploitanten na afloop van de periode waarvoor de vergunning is verleend alsnog kunnen meedingen naar het verkrijgen van een vergunning.

Appellante stelt dat de bevoegdheid te beslissen over de aanvraag materieel is overgedragen aan de eigenaar van het pand Veerplein 134. De eigenaar beslist met wie hij een huurovereenkomst aangaat en op basis van de verordening kan een vergunning alleen worden verleend aan degene die kan beschikken over het pand.

Appellante stelt dat niet voldaan is aan het vereiste van transparantie. Er is geen openheid gegeven over de exacte afspraken tussen ING Real Estate B.V. en de gemeente over de onlosmakelijke koppeling van het leisureconcept. De publicatie van de verordening is volgens appellante niet voldoende om aan de transparantieplichting te voldoen, omdat op dat moment al duidelijk was dat de vergunning alleen kon worden verleend aan de huurder van ING Real Estate B.V.

1.21 De zaak is op 16 maart 2015 ter zitting van de Afdeling behandeld door een meervoudige kamer waarin zitting hadden M. Vlasblom (voorzitter), J.W. van de Gronden (rapporteur) en G.T.J.M. Jurgens. Appellante werd vertegenwoordigd door mr. S.J. Nauta, advocaat te Barendrecht, de burgemeester van Vlaardingen door mr. M.J. de Groot, advocaat te Rotterdam, en Hommerson door mr. J. Wassink, advocaat te Wychen. De zaak is vervolgens verwezen naar een grote kamer als bedoeld in artikel 8:10, vierde lid, van de Awb, waarin zitting hadden M. Vlasblom (voorzitter), J.W. van de Gronden (rapporteur), G.T.J.M. Jurgens, C.J. Borman en H. Bolt. De nadere behandeling van de zaak vond plaats op de zitting van 7 maart 2016. Appellante werd vertegenwoordigd door mr. S.J. Nauta en mr. M.P.K. Grootenboer, beiden advocaat te Barendrecht, de burgemeester van Vlaardingen door mr. M.J. de Groot, advocaat te Rotterdam, en mr. drs. Eikelenboom, en Hommerson door mr. J.L. Vissers, advocaat te Kerkdriel, en mr. J. Wassink, advocaat te Wychen. Tijdens de zitting was ik in mijn hoedanigheid als Staatsraad Advocaat-Generaal aanwezig en heb ik aan partijen vragen kunnen stellen.

## 2. *Het verzoek om een conclusie en de opbouw van de conclusie*

2.1 Bij brief van 7 januari 2016 zijn partijen op de hoogte gesteld van het feit dat de zaak aanleiding heeft gegeven mij om een conclusie te vragen en zijn partijen in de gelegenheid gesteld een reactie te geven op het concept verzoek. Nadat partijen hun reacties hebben gegeven heeft de voorzitter van de Afdeling bestuursrecht spraak mij bij brief van 28 januari 2016 verzocht om een conclusie, als bedoeld in artikel 8:12a van de Awb, te nemen, en heeft hij mij het gehele dossier, waarover de Afdeling beschikt inclusief de reacties van partijen op het verzoek om een conclusie te nemen, doen toekomen. Bij een brief van dezelfde datum zijn partijen op de hoogte gesteld van het definitieve verzoek. De aan mij gerichte brief is in kopie bij deze aan partijen gerichte brief gevoegd. Naderhand is een afschrift van het proces-verbaal van de zitting van 16 maart 2015 en de daarbij gevoegde pleitnota's aan mij gezonden.

2.2 De aan mij gerichte brief bevat, behalve het verzoek om de conclusie te nemen, een beschrijving van de relevante feiten van de zaak en de relevante besluiten. Daarbij is vermeld dat beoordeeld moet worden of er een rechtsnorm is die voorschrijft dat het bestuur bij de verdeling van schaarse vergunningen ruimte schept voor enige vorm van reële mededinging. De inleiding tot het verzoek wordt hierna integraal weergegeven:

“Uit de rechtspraak van de Afdeling<sup>1</sup> kan worden afgeleid dat er een rechtsnorm is die eist dat bij de verdeling van een publiek recht waarvoor meer aanvragers dan rechten zijn een vorm van mededinging dan wel transparantie moet worden betracht. Ook rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven geeft blijk van het bestaan van zo'n rechtsnorm.<sup>2</sup> Ten behoeve van de rechtsonwikkeling en met het oog op rechtseenheid wordt u verzocht conclusie te nemen over de gelding en de strekking van zo een rechtsnorm bij de verlening van vergunningen waarvan het aantal aan een maximum is gebonden. Een beperking van het aantal vergunningen voor de vestiging van speelautomatenhallen in een gemeentelijke verordening is niet in strijd met de Wet op de Kansspelen, ook niet als de beperking inhoudt dat geen enkele speelautomatenhal in een gemeente wordt toegelaten. Het verzoek ziet niet op de rechtvaardiging van het

1. Zie bijvoorbeeld haar uitspraak van 18 juli 2007 in zaak nr. 200607881/1.

2. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van 3 juni 2009 in zaak nr. ECLI:NL:CBB:2009:BI6466.



beperken van het aantal vergunningen tot in dit geval één. Het verzoek ziet evenmin op de vraag welke soort verdelingsprocedures zijn toegestaan en aan welke voorwaarden die moeten voldoen. Het verzoek ziet op de vraag of er naar nationaal recht een rechtsnorm is, ertoe strekkende dat bij de verlening van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze reële ruimte wordt geboden voor (potentiële) gegadigden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. U wordt verzocht in de conclusie te onderzoeken of, ook als in de toepasselijke regelgeving geen regels zijn opgenomen over de wijze van verdeling, waaronder voorlichting en te voren bekende maatstaven, een rechtsnorm als hiervoor genoemd in acht moet worden genomen bij de verlening van de beschikbare vergunning. De Afdeling wenst in het bijzonder van u te vernemen of deze rechtsnorm een bepaalde mate van mededinging vereist waardoor ook derden een reële kans moeten hebben gehad naar de vergunning mee te dingen. Het gaat daarbij om de wijze waarop de vergunningverlener de potentiële gegadigden op de hoogte stelt van de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de te volgen procedure en hoe rekening dient te worden gehouden met de verschillende aanvragen. Verder is het van belang wanneer en hoe de informatie daarover aan de potentiële gegadigden moet worden verstrekt. De Afdeling vraagt u in uw conclusie te betrekken dat een verordening zo is vormgegeven dat uit overwegingen van algemeen belang, zoals openbare orde, en planologische overwegingen op voorhand slechts één locatie geschikt is. Daarbij verzoekt de Afdeling u rekening te houden met het feit dat de ruimtelijke besluitvorming, waarbij belanghebbenden de gelegenheid hebben gehad hun belangen aan de orde te stellen, reeds is afgerond en het feit dat het pand op die ene geschikte locatie eigendom is van een particuliere ondernemer, die beslist met welke onderneming hij een overeenkomst aan wil gaan voor de exploitatie van het pand, waardoor de keuze aan wie de vergunning wordt verleend, gelet op de voorwaarde aantoonbaar te kunnen beschikken over de ruimte, feitelijk niet aan het bestuursorgaan wordt gelaten. Indien u tot de conclusie komt dat in beginsel een bepaalde mate van mededinging bij de verdeling van een schaarse vergunning, zoals aan de orde in deze zaak, is vereist, vraagt de Afdeling u ook te onderzoeken of er uitzonderingen op deze verplichting zouden

kunnen bestaan en zo ja, wanneer die aan de orde zijn. Daarnaast wordt u verzocht in de conclusie aandacht te besteden aan de vraag waarop de verplichting voor bestuursorganen om schaarse vergunningen in een vorm van mededinging te verdelen voor zover de wet daaromtrent geen nadere regels voorschrijft, berust. Daarbij wordt u gevraagd te bezien of aan het vereiste van transparantie naar nationaal recht de status van zelfstandig rechtsbeginsel toekomt of dat dit vereiste moet worden verondersteld onderdeel uit te maken van andere in het bestuursrecht reeds algemeen erkende beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel of het verbod op willekeur. Indien u daartoe aanleiding ziet, kunt u bij uw onderzoek het op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde Unierechtelijke transparantiebeginsel betrekken.<sup>3</sup>

De door mij genomen conclusie geeft voorlichting aan het college, maar bindt het college niet (art. 8:12a, achtste lid, Awb).

2.3 Het verzoek van de voorzitter bevat vragen met een algemene strekking en vragen die specifiek te maken hebben met de onderhavige zaak. Wat betreft de eerste groep is de kernvraag of er naar Nederlands recht een (ongeschreven) rechtsnorm bestaat, die ertoe strekt dat het bestuur, ook als in de toepasselijke regelgeving daarover geen regels zijn opgenomen, bij de verlening van schaarse vergunningen aan (potentiële) gegadigden op enigerlei wijze reële ruimte moet bieden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze vraag heeft uitdrukkelijk niet betrekking op de kwestie welke verdelingsprocedures mogelijk zijn en aan welke voorwaarden die moeten voldoen. Wel moet, in het geval een dergelijke rechtsnorm inderdaad bestaat, aandacht worden besteed aan diverse specifieke kwesties in verband met het bieden van reële mededingingskansen aan derden, meer in het bijzonder aan de wijze waarop potentiële gegadigden worden geïnformeerd over de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, over de te volgen procedure en over de wijze waarop met de verschillende aanvragen rekening zal worden gehouden, alsmede aan de vraag wanneer en hoe al deze informatie aan potentiële gegadigden wordt verstrekt. Deze specifieke kwesties betreffen aldus de informatieverplichting aan potentiële gegadigden. Bovendien verzoekt de voorzitter mij om onderzoek te doen naar mogelijke uitzonderingen op de vermelde rechtsnorm en aandacht te besteden aan de grondslag van de rechtsnorm.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van Justitie van 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307.

Daarbij worden twee opties genoemd, namelijk een zelfstandig rechtsbeginsel van transparantie of een transparantievereiste dat onderdeel uitmaakt van al algemeen erkende beginselen van behoorlijk bestuur (zorgvuldigheidsbeginsel, verbod van willekeur, gelijkheidsbeginsel). De zaaksspecifieke kwestie betreft de vraag hoe een eventuele bestuurlijke verplichting om bij de verdeling van schaarse vergunningen potentiële gegadigden reële mededingingsruimte te bieden, zich verhoudt tot de wijze waarop verlening van de exploitatievergunning in de VSV 2008 – die er op neerkomt dat op grond van overwegingen van algemeen belang (openbare orde) en planologische overwegingen ‘op voorhand slechts één locatie geschikt is’ en de keuze aan wie de vergunning wordt verleend ‘feitelijk niet aan het bestuursorgaan wordt gelaten’, maar aan de eigenaar van het pand is – is vormgegeven. Deze kwestie komt er in wezen op neer of de wijze waarop de verlening van de exploitatievergunning in de VSV 2008 is vormgegeven, de verplichting om reële mededingingsruimte te bieden op ontoelaatbare wijze beperkt.

2.4 In deze conclusie bespreek ik de vragen van de voorzitter in de volgorde die hiervoor is aangebracht. Eerst ga ik dus in op de algemene vragen over het bestaan van een ongeschreven Nederlandse rechtsnorm op grond waarvan aan potentiële gegadigden reële ruimte moet worden geboden om mee te dingen naar schaarse vergunningen, de op grond daarvan geldende verplichtingen met het oog op het informeren van potentiële gegadigden, de mogelijkheid van beperking van die rechtsnorm en de rechtsgrondslag ervan. Kwesties die niet gerelateerd zijn aan deze vragen, bijvoorbeeld de bij de verdeling geldende motiveringsplicht en de rechtsbescherming, blijven grotendeels buiten beschouwing. Deze vragen worden eerst, in paragraaf 3, onderzocht in het licht van het recht van de Europese Unie (hierna: Unie- of EU-recht). Dat ligt voor de hand, omdat het Unierecht aan de basis staat van het denken in termen van mededinging bij de verlening van schaarse vergunningen en Nederlandse bestuursorganen op grond van het Unierecht verplicht kunnen zijn om bij de verdeling van bepaalde schaarse publieke rechten aan potentiële gegadigden reële mededingingsruimte te bieden. In paragraaf 4 bespreek ik de vragen aan de hand van het Nederlands recht, waarbij de nadruk ligt op de rechtspraak. In paragraaf 5 ga

ik in op de opvattingen in de literatuur.<sup>4</sup> Op basis van de bevindingen in beide paragrafen worden in paragraaf 6 de algemene vragen van de voorzitter beantwoord. In paragraaf 7 wordt, mede aan de hand van de bevindingen in paragraaf 6, ingegaan op de zaaksspecifieke vragen van de voorzitter

2.5 Voordat ik overstap op paragraaf 3, past in de eerste plaats een opmerking over het begrip ‘schaarse vergunningen’. Schaarse vergunningen zijn een species van het genus schaarse publieke rechten. Tot de groep van schaarse publieke rechten behoren behalve vergunningen, andere schaarse overheidstoestemmingen, zoals concessies, ontheffingen of vrijstellingen, schaarse verhandelbare publieke rechten, zoals emissie-

4 Meer dan incidenteel is gebruik gemaakt van F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004; R.J.G.M. Widdershoven, S. Prechal, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Bju 2007, p. 85-91; S. Prechal, *De emancipatie van het ‘algemeen transparantiebeginsel’*, SEW 2008/145, p. 316-322; C.J. Wolswinkel, *‘Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen’*, SEW 2009/120, afl. 7/8, p. 287-299; A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, *‘De Awb en het EU-recht: het transparantiebeginsel’*, in T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 589-609; A. Drahmman, *‘Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?’*, in: M.J.M. Verhoeven e.a., *Europees of fensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Jonge VAR reeks 9, Den Haag: Bju 2010, p. 169-197; H.M.(.) Stergiou, *‘Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel’*, NtER 2011-3; A.W.G.J. Buijze, *‘Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden’*, NtER 2011-7, p. 240-248; F.J. van Ommeren, W. den Ouden, C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Bju 2011; F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, *‘Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk’*, in: Van Ommeren e.a. (red.) 2011, p. 17-41; J.H. Wolswinkel, *‘Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid’*, in: Van Ommeren e.a. (red.) 2011; F.J. van Ommeren, *‘Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?’* in: Van Ommeren e.a. (red.) 2011; A. Drahmman, *‘Streven naar een transparante (her) verdeling van schaarse publieke rechten’*, in: Van Ommeren e.a. (red.) 2011, p. 267-292; A. Drahmman, *‘Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen’*, NTB 2012/25, afl. 7, p. 184-193 (ook gepubliceerd in Drahmman 2015, p. 121-142); A. Drahmman, *‘Is transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?’*, JBplus 2013, afl. 3, p. 141-170. (ook gepubliceerd in Drahmman 2015, p. 195-231); A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law*, s-Hertogenbosch: BOXPress 2013; C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, Den Haag: Bju 2013 (hierna Wolswinkel 2013a); C.J. Wolswinkel, *‘De verdeling van schaarse vergunningen. Convergentie in de jurisprudentie?’*, JBplus 2013, afl. 2, p. 62-80 (hierna: Wolswinkel 2013b); A. Drahmman, *‘Hoe kunnen transparantieplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlands bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten’*, NTB 2014/11, afl. 4, p. 86-95 (ook gepubliceerd in Drahmman 2015, p. 261-281); C.J. Wolswinkel, *‘Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd’*, NTB 2014/7, afl. 2/3, p. 58-66; A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*, Zwolle: Kluwer 2015; M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland. De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief*, Den Haag: Bju 2015.



rechten of quota, en schaarse subsidies of andere financiële aanspraken.<sup>5</sup> Deze conclusie betreft schaarse vergunningen en andere schaarse overheidstoestemmingen, waarmee een verbod om een bepaalde handeling te verrichten opzij wordt gezet, meer in het bijzonder schaarse vrijstellingen en ontheffingen. Op onderdelen wordt ook aandacht besteed aan andere schaarse publieke rechten, vooral aan schaarse subsidies. Volgens een algemeen (en ook door mij) gehanteerde definitie is sprake van schaarse publieke rechten “als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft”.<sup>6</sup> Deze definitie impliceert dat het aantal beschikbare publieke rechten beperkt is en dat voor wat betreft het aantal te verlenen rechten een maximum of plafond bestaat. Dat plafond kan voortvloeien uit de schaarste aan beschikbare natuurlijke hulpbronnen (fysieke schaarste) of aan bruikbare technische mogelijkheden (technische schaarste), maar kan ook om beleidsmatige redenen worden vastgesteld. Van dat laatste is bijvoorbeeld sprake bij de verlening van exploitatievergunningen voor speelautomatenhallen, die aan de orde is in de zaak waarin deze conclusie wordt genomen: in de VSV 2008 is het aantal te verlenen vergunningen gemaximeerd op één. Typisch voor een dergelijk beleidsmatig plafond is dat het vaststellen hiervan zelf ook kan worden beperkt door het recht, vooral door het Unierecht (zie punt 3.5), maar ook door het nationale recht.<sup>7</sup> Deze kwestie gaat conceptueel vooraf aan de verdeling van de aldus gelimiteerde publieke rechten en aan de specifieke eisen die daaraan worden gesteld, maar kan hierop toch van invloed zijn omdat ter rechtvaardiging van die limitering soms bepaalde eisen aan die verdeling worden gesteld.

2.6 In de tweede plaats verdienen de verdelingsprocedures nadere aandacht. Zoals al aangegeven ziet het verzoek van de voorzitter niet op de vraag welke soort verdelingsprocedures van schaarse publieke rechten zijn toegestaan en aan welke voorwaarden die moeten voldoen. Deze beperking zal ik hierna zo veel mogelijk in acht nemen, met dien verstande dat ik er niet aan ontkom om bij de analyse en beantwoording van de vraag over de informatieverplichtingen onderscheid te maken tussen de diverse verdelingsprocedures en specifiek aandacht te besteden aan de verdeling op volgorde van binnenkomst (hierna ook wel aangeduid als ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’-procedure). Bovendien is

het voor een goed begrip van de rechtspraak en literatuur noodzakelijk om aan te geven welke andere verdelingsprocedures, naast de verdeling op volgorde van binnenkomst, met betrekking tot schaarse publieke rechten worden toegepast. In de literatuur worden op basis van de toe te passen verdelingscriteria de volgende procedures onderscheiden:<sup>8</sup> de veiling, waarbij wordt beslist op basis van het financiële bod, de loting (op basis van het lotnummer), de vergelijkende toets (op basis van een criterium niet zijnde het moment van binnenkomst, het financieel bod of lotnummer). Ten slotte is er de aanbesteding, waarvoor als criterium geldt de laagste prijs of de economisch meest gunstige inschrijving, die ook kan worden aangemerkt als een bijzondere vergelijkende toets. De term ‘vergelijkende toets’ behoeft enige toelichting. In ruime zin is elke verdelingsprocedure een vergelijkende toets, zij het dat het verdelingscriterium verschilt: bij verdeling op volgorde van binnenkomst is het criterium het moment van binnenkomst, bij de veiling het financiële bod et cetera. In deze conclusie wordt de term – in lijn met de literatuur en de rechtspraak van het CBB<sup>9</sup> – in een meer beperkte, maar nog steeds ruime betekenis gehanteerd, namelijk ter aanduiding van procedures waarbij de verdeling niet plaatsvindt op basis van het moment van binnenkomst, het financieel bod of lotnummer, maar op grond van een inhoudelijke vergelijking. Synoniemen hiervoor zijn de kwalitatieve selectie, de tender of de beauty contest. De inhoudelijke criteria op basis waarvan de vergelijking plaatsvindt, zijn afhankelijk van de belangen die volgens de wettelijke voorschriften bij de verlening van het publieke recht in kwestie een rol kunnen of moeten spelen. Bij schaarse vergunningen blijken deze belangen vooral uit de weigeringsgronden voor de vergunning, bij schaarse subsidies zijn die belangen veelal positiever geformuleerd en kunnen zij betrekking hebben op beleidsmatige overwegingen, op overwegingen van kwaliteit et cetera.

### 3. *Mededingingsruimte en schaarse vergunningen: het EU-perspectief*

#### *Inleiding*

3.1 Voor het denken van de verdeling van schaarse publieke rechten in termen van mededinging is het Unierecht van groot belang geweest. Het in dit verband relevante Unierecht betreft in de eerste plaats de Uniewetgeving,

<sup>5</sup> Van Ommeren e.a. 2011, p. 18-19.

<sup>6</sup> Van Ommeren e.a. 2011, p. 19.

<sup>7</sup> Ook de nationale bestuursrechter toetst de instelling van een plafond op rechtmatigheid, zij het tamelijk terughoudend. Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA2263.

<sup>8</sup> Wolswinkel 2011, p. 187-196.

<sup>9</sup> Wolswinkel 2011, p. 191-193. Vgl. CBB 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2467; CBB 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375; CBB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125.

waarin sinds begin jaren negentig van de vorige eeuw in verband met de verdeling van schaarse publieke rechten op specifieke terreinen eisen worden gesteld, die ertoe strekken om reële mededinging voor gegadigden te waarborgen. In de tweede plaats – en voor deze conclusie belangrijker – heeft het Hof van Justitie de verplichting om bij de verdeling van schaarse publieke rechten daadwerkelijk mededinging te waarborgen verruimd naar schaarse publieke rechten, waarin deze verplichting niet door Unieregelgeving was voorgeschreven. Deze verplichting is gebaseerd op het primaire Unierecht, meer in het bijzonder op de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van dienstverlening van (thans) artikel 49 en 56 VWEU, en daarvan afgeleide beginselen zoals gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en transparantie. In dit onderdeel wordt deze Unierechtelijke invloed – en vooral die door de rechtspraak van het Hof – nader geanalyseerd. Leidende vragen bij die analyse zijn: voor de verlening van welke schaarse publieke rechten geldt op grond van het Unierecht een verplichting om bij de verlening daadwerkelijke mededinging te waarborgen? Welke specifieke eisen worden daartoe aan de verdelingsprocedure gesteld? In hoeverre kan die verplichting worden beperkt? En, waarop wordt zij gebaseerd?

#### *Europese wetgeving*

3.2 Over de Uniewetgeving, waarin een bij de verdeling van specifieke schaarse publieke rechten het bieden van reële mededingingskansen wordt voorgeschreven, ben ik relatief kort, omdat deze al vaak is beschreven en in principe bovendien een beperkte strekking heeft. Het meest belangrijk zijn de richtlijnen betreffende de aanbesteding van overheidsopdrachten voor werken, levering, diensten en inmiddels ook concessieovereenkomsten,<sup>10</sup> die uitdrukkelijk beogen dat deze opdrachten ‘worden opgesteld voor mededinging’<sup>11</sup>) en daartoe specifieke openbaarheids- en andere procedure-eisen voorschrijven. Verder kunnen enkele richtlijnen worden genoemd, die voor de verdeling van schaarse publieke rechten op een specifiek terrein – zoals telecommunicatie en het terrein van de broeikasemissierechten – meer of minder specifiek geregelde competitieve verdelingsprocedures

voorschrijven.<sup>12</sup> Mogelijk interessant voor het verloop is dat het op grond van artikel 32 van Richtlijn 2014/24/EU in heel bijzondere omstandigheden is toegestaan dat een overheidsopdracht wordt gegund volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.<sup>13</sup> Kort gezegd kan dit, indien in de eerdere procedure geen geschikte inschrijving is ingediend, indien de werken, leveringen of diensten alleen kunnen worden verricht door een bepaalde ondernemer omdat de aanbesteding als doel heeft het vervaardigen van een uniek kunstwerk of het leveren van een artistieke prestatie of mededinging ontbreekt om technische redenen, of indien dwingende, onvoorzienbare spoed daartoe noopt.

3.3 Een richtlijn waarbij ik wat langer stilsta omdat zij relevant is voor veel besluiten in het bestuursrecht, is de Dienstenrichtlijn.<sup>14</sup> Deze richtlijn stelt eisen aan dienstenvergunningen, dat zijn vergunningen voor de toelating tot en uitoefening van diensten. Op grond van artikel 9 is een vergunningstelsel – als beperking van de vrijheid van vestiging – hiervoor niet toegestaan, tenzij, kort gezegd, is voldaan aan het beginsel van non-discriminatie, het stelsel gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang en evenredig is. Is een vergunningstelsel binnen het kader van artikel 9 op zichzelf toegestaan, dan moeten op grond van artikel 10 van de richtlijn de criteria waaronder de vergunning kan worden verleend aan diverse criteria voldoen, ten einde ‘te beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsvrijheid op willekeurige wijze uitoefenen’ (lid 1). Deze criteria zijn (lid 2): niet discriminatoir, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang; evenredig met die reden van algemeen belang; duidelijk en ondubbelzinnig; objectief; vooraf openbaar gemaakt; transparant en toegankelijk. Ook voor de procedure van vergunningverlening geldt op grond van artikel 13 van de richtlijn dat zij duidelijk moet zijn, vooraf kenbaar gemaakt moet worden en de aanvragers de garantie moet bieden dat hun aanvraag objectief en onpartijdig wordt behandeld. De richtlijn bevat bijzondere eisen voor de

<sup>10</sup> Zie voor de meeste recente versies, Richtlijn 2014/24/EU, betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, Pb 2014, L 94/65, Richtlijn 2014/25/EU, betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, Pb 2014, L 94/243, en Richtlijn 2014/23/EU, betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, Pb 2014, L 94/1.

<sup>11</sup> Aldus punt 1 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU, betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten.

<sup>12</sup> Vgl. Richtlijn 2002/21/EG, inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Pb 2002, L 337/47, en Richtlijn 2002/20/EG, betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Pb 2002, L 108/21, voor wat betreft telecommunicatie, en Richtlijn 2009/29/EG, Pb 2009, L 140/63, voor wat betreft de handel in broeikasemissierechten.

<sup>13</sup> Deze bepaling is inhoudelijk vrijwel gelijklopend aan artikel 31 van Richtlijn 2004/18, de voorganger van Richtlijn 2014/24/EU. Zij is omgezet in artikel 2.32 Aanbestedingswet 2012.

<sup>14</sup> Richtlijn 2006/123/EG, betreffende diensten op de interne markt, Pb 2006, L 376/36. Zie over deze richtlijn en de implementatie in Nederland, Botman 2015.

verlening van schaarse dienstenvergunningen, als die schaarste het gevolg is van schaarste van beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden.<sup>15</sup> In beide gevallen moet het bestuur een selectie uit de gegadigden maken volgens een selectieprocedure die alle waarborgen biedt voor onpartijdigheid en transparantie, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en sluiting van de procedure (art. 12, eerste lid). De vergunning moet voor een passende beperkte duur worden verleend en mag niet automatisch worden verlengd; bovendien mag niet enig ander voordeel worden toegekend aan de dienstverrichter wiens vergunning zojuist is verlopen (art. 12, tweede lid). Volgens het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn moet de selectieprocedure 'open concurrentie waarborgen'.<sup>16</sup> De richtlijn schrijft geen specifieke selectieprocedure voor. Volgens Wolswinkel sluiten de eisen van transparantie en onpartijdigheid op zichzelf geen van in punt 2.6 genoemde verdelingsprocedures (loting, op volgorde van binnenkomst, vergelijkende toets of veiling) bij voorbaat uit,<sup>17</sup> mits natuurlijk de opening, uitvoering en sluiting toereikend wordt bekendgemaakt. Volgens het Handboek moet de overheid daartoe in het bijzonder 'alle relevante informatie over de procedure bekendmaken, met inbegrip van het onderwerp van het vergunningstelsel, de redenen waarom het aantal vergunningen wordt beperkt, eventuele termijnen en de criteria die zullen worden gehanteerd bij de selectie van gegadigden'.<sup>18</sup> De Dienstenrichtlijn bevat geen bijzondere bepalingen voor de verlening van schaarse vergunningen, als het aantal vergunningen om beleidsmatige redenen is gemaximeerd. Dat wil niet zeggen dat deze beperking niet is toegestaan en evenmin dat de Dienstenrichtlijn hiervoor irrelevant is. Voor dergelijke stelsels gelden de — hiervoor genoemde — algemene eisen en criteria van artikel 9 en 10. Bovendien bevat artikel 11, eerste lid, hiervoor een uitzondering op de algemene eis dat dienstvergunningen geen 'beperkte geldigheidsduur' mogen hebben.

3.4 Ten slotte kan melding worden gemaakt van de regels omtrent de verlening van Europese subsidies in het Financieel Reglement 2002.<sup>19</sup> Deze zijn ook van toepassing op de verlening van Europese subsidies door een nationaal bestuurs-

orgaan. Op grond van artikel 109, eerste lid, geschiedt de toekenning van subsidies met inachtneming van met name het transparantiebeginsel en beginsel van gelijke behandeling. Hoewel een verplichting om bij de verdeling van schaarse subsidies gegadigden reële mededingingskansen te bieden niet met zoveel woorden in het reglement is opgenomen, leidt het Gerecht van de EU — zoals onder punt 3.11 nader aan de orde komt — deze verplichting af uit het beginsel van gelijke behandeling en de daaraan gerelateerde transparantieplichting.

### Rechtspraak

3.5 De belangrijkste rechtspraak van het Hof voor de vraag naar een op het EU-recht gebaseerde rechtsplicht om bij de verdeling van schaarse vergunningen reële mededinging te garanderen, heeft betrekking op nationale beperkingen van het aanbod van kansspelen door middel van concessies of vergunningen. Op grond van de discriminatieverboden voor permanente of tijdelijke dienstverlening van artikel 49 VWEU (vrijheid van vestiging), respectievelijk artikel 56 VWEU (vrij verkeer van diensten), mogen dergelijke stelsels niet discrimineren op grond van nationaliteit. Echter, ook wanneer deze stelsels zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing zijn, maar de uitoefening van de dienstverlening door burgers of bedrijven uit andere lidstaten kan verhinderen, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, is sprake van een beperking van de genoemde vrijheden.<sup>20</sup> Deze beperking kan evenwel worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, mits zij geschikt is om de verwezenlijking van het daarmee nagestreefde doel te waarborgen, niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken en evenredig is aan dat doel. Met behulp van de hiervoor genoemde criteria heeft het Hof in een groot aantal zaken beoordeeld of een nationaal concessie- of vergunningstelsel voor kansspelen, waarin het aantal te verstrekken publieke rechten is beperkt, kan worden gerechtvaardigd. Een voorbeeld biedt de zaak *Betfair*,<sup>21</sup> waarin het Hof oordeelde dat het Nederlandse stelsel op grond waarvan slechts één vergunning kon worden verleend per toegestaan kansspel, niet in strijd is met (thans) artikel 56 VWEU, omdat het stelsel kan worden gerechtvaardigd door de doelstellingen om consumentenbescherming te waarborgen en om criminaliteit en gokverslaving te bestrijden.<sup>22</sup>

15 Botman 2015, p. 293-300.

16 Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, opgesteld door de diensten van het directoraat-generaal Interne markt en diensten, 2007, p. 28-29.

17 Wolswinkel 2009/120, p. 18 (elektronische versie).

18 Handboek 2007, p.28-29.

19 Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002, houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de EG, Pb. 2002, L 248/1.

20 Onder meer gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07 (*Blanco Pérez & Chao Gómez*), ECLI:EU:C:2010:300.

21 Zaak C-203/08 (*Betfair*), ECLI:EU:C:2010:307.

22 Mits, aldus onder meer de zaak C-258/08 (*Ladbroke*), ECLI:EU:C:2010:308, de nationale regeling deze doelstelling 'op samenhangende en stelselmatige wijze' nastreeft.

Wel stelt het Hof in *Betfair* en in veel andere zaken eisen aan de inrichting en toepassing van zo'n stelsel, die ik in punt 3.7 bespreek. Behalve aan de rechtspraak van het Hof over artikel 49 en 56 VWEU besteed ik hierna ook kort aandacht aan zijn rechtspraak met betrekking tot de Dienstenrichtlijn en de verlening van Europese subsidies op grond van het Financieel Reglement.

3.6 Alvorens op de rechtspraak in te gaan, past eerst een opmerking over de reikwijdte ervan. De rechtspraak van het Hof over artikel 49 en 56 VWEU betreft de grensoverschrijdende vrijheid van vestiging en het grensoverschrijdend vrij verkeer van diensten en heeft in beginsel daarom niet betrekking op zogenoemde zuiver interne situaties, waarin alle elementen van de casus zich afspelen binnen één lidstaat. Van dit uitgangspunt wijkt het Hof af in een aantal situaties, onder meer als er aanwijzingen bestaan dat bepaalde grensoverschrijdende gevolgen van de betwiste nationale regeling niet kunnen worden uitgesloten.<sup>23</sup> De rechtspraak van het Hof over deze uitzondering is bekritiseerd als nogal incoherent en onvoorspelbaar, en omdat het Hof het bestaan van de uitzondering te gemakkelijk zou aannemen.<sup>24</sup> Deze onduidelijkheid werkt door in de reikwijdte van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn. Omdat dit hoofdstuk de vrijheid van vestiging reguleert en dit concept in het primaire Unierecht grensoverschrijdend is, kan worden gesteld dat de eisen van dat hoofdstuk alleen van toepassing zijn op dienstenvergunningen in grensoverschrijdende situaties en niet in zuiver interne situaties, waarbij dan wel onduidelijk is wanneer een situatie 'echt' zuiver intern is of toch een beetje grensoverschrijdend. Van de andere kant wordt echter ook met kracht van argumenten verdedigd – bijvoorbeeld door Advocaat-Generaal Szpunar in de zaak *Trijber & Harmsen* – dat hoofdstuk III van de richtlijn zonder meer van toepassing is op zuiver interne situaties, omdat het de eisen van vergunningstelsels harmoniseert zonder dat onderscheid wordt gemaakt tussen interne en grensoverschrijdende

situaties.<sup>25</sup> De vraag naar de toepasselijkheid van hoofdstuk III van de richtlijn in zuiver interne situaties is door de Afdeling verwezen in de zaak *Trijber & Harmsen*, maar is in die zaak door het Hof omzeild.<sup>26</sup> Kennelijk zit men in Luxemburg nog niet op één lijn. Begin 2016 heeft de Afdeling de kwestie opnieuw verwezen in de zaak *Visser Vastgoed Beleggingen*.<sup>27</sup> Het heeft weinig zin om te speculeren over de afloop van deze zaak. De enige conclusies (met een hoog 'open-deurgehalte') die ik voor het vervolg trek, is dat lidstaten veiligheidshalve beter niet kunnen uitgaan van een te enge reikwijdte van een op artikel 49 of 56 VWEU gebaseerde verplichting om bij de verdeling van schaarse publieke rechten reële mededinging te garanderen, en dat bovendien niet moet worden uitgesloten dat het Hof hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn van toepassing zal verklaren op zuiver interne dienstenvergunningen.

3.7 Het Hof stelt, als gezegd, eisen aan de toepassing van een stelsel van schaarse publieke rechten in het licht van artikel 49 en/of 56 VWEU. Deze eisen worden gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel of -vereiste en soms ook op het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van objectiviteit of onpartijdigheid, beginselen die de lidstaten bij de beperking van de genoemde verkeersvrijheden in acht moeten nemen. De eisen zijn ontleend aan de rechtspraak van het Hof op het – door middel van richtlijnen gereguleerde (zie punt 3.2) – terrein van de aanbesteding van overheidsopdrachten. Vervolgens zijn de eisen en beginselen door het Hof toegepast buiten dat terrein,<sup>28</sup> eerst op dienstenconcessies, daarna op de van de richtlijnen uitgezonderde opdrachten, zoals de zogenoemde IIB-diensten en opdrachten onder de drempelwaarde, en inmiddels – in de al genoemde zaak *Betfair* – op een exclusief of éénvergunningstel-

23 Als beginpunt van deze lijn geldt de zaak 286/81 (*Oosthoek*), ECLI:EU:C:1982:438. Hierover onder meer, S. Prechal, 'Interne situaties en prejudiciële vragen', SEW 2015/178, afl. 11, p. 494-496; Botman, p. 129-135.

24 Onder meer ook door A-G Kokott, in zaak C-162/12 en C-163/12 (*Airport Shuttle Express*), ECLI:EU:C:2013:617, en A-G. Wahl in zaak C-159-162/12 (*Venturini*), ECLI:EU:C:2013:529, en in zaak C-497/12, ECLI:EU:C:2015:168.

25 Conclusie van A-G Szpunar, in de gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14 (*Trijber & Harmsen*), ECLI:EU:C:2015:505, punten 51 t/m 57. Door onder meer Patrick van den Berghe, de geestelijke vader van de Dienstenwet, wordt verdedigd dat hoofdstuk III op grond van de Dienstenwet, waarin de richtlijn in Nederland is omgezet, in zuiver interne situaties geldt, omdat – kort gezegd – Nederlandse vergunningsstelsels voor diensten een activiteit of markttoegang reguleren zonder enig onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse dienstverleners. Zie voor dit standpunt, het verslag van T. Weber over de bijeenkomst 'Vijf jaar Dienstenrichtlijn de praktijk: hoe dienstig kunnen we het maken?', NTB 2015/24, afl. 6, p. 182-188, i.h.b. p. 185. Deze redenering wordt door de Afdeling niet gevolgd.

26 Zaak C-340-341/14 (*Trijber & Harmsen*), ECLI:EU:C:2015:641.

27 ABRvS 13 januari 2016, 201309296, ECLI:NL:RVS:2016:75.

28 Vgl. Stergiou 2011, die in dit verband spreekt van drie generaties transparantierechtspraak.

sel.<sup>29</sup> Mede gelet op de zaak *Garkalns*, waarin het Hof de eisen en beginselen zelfs van toepassing acht op de verlening van diverse niet-schaarse kansspelvergunningen,<sup>30</sup> mag worden aangenomen dat zij ook gelden voor schaarse vergunningssstelsels waarvan het plafond hoger is dan één. De betreffende eisen, en de rechtsgrondslag ervan, worden door het Hof in 2012, in de context van de verlening van schaarse kansspelconcessies, als volgt samengevat in de zaak *Costa & Cifone*.<sup>31</sup>

“Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de overheidsinstanties die concessies verlenen met betrekking tot kansspelen de fundamentele regels van de Verdragen in acht dienen te nemen, in het bijzonder [de artikelen 49 en 56 VWEU], het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsmede de transparantieplichting. Zonder noodzakelijk te vereisen dat een aanbesteding wordt uitgeschreven, houdt deze transparantieplichting [...] in dat de concessieverlenende overheid elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid waarborgt, zodat de concessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. De aanbesteding van dergelijke concessies moet bijgevolg zijn gebaseerd op objectieve criteria die niet-discriminerend zijn en vooraf bekend zijn, zodat een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten. Het beginsel van gelijke behandeling eist bovendien dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen en impliceert dus dat voor hen allen dezelfde voorwaarden gelden. [...] Het transparantiebeginsel, dat een logisch uitvloeisel is van het gelijkheidsbeginsel, heeft [...] in wezen tot doel te verzekeren dat elke geïnteresseerde exploitant kan beslissen in te schrijven op de aanbestedingen op basis van het geheel van relevante informatie en dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgesloten. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de aanbesteding duidelijk, precies en ondubbelzinnig worden geformuleerd, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste

draagwijdte ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en anderzijds, de discretionaire bevoegdheid van de concessieverlenende overheid wordt afgebakend en ze in staat is om daadwerkelijk na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken procedure van toepassing zijn.”

Deze overwegingen vertonen grote gelijkenis met de samenvatting van de eisen (inclusief de rechtsgrondslag) die het Hof al in 2004 gaf in de zaak *Succhi di Frutta*, in de context van een Europese aanbesteding.<sup>32</sup> Wel is het Hof in die zaak duidelijker over de grondslag van de verplichting om bij de aanbesteding van een opdracht reële mededinging te waarborgen. In dit verband overweegt het:

“Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.”

Uit de overwegingen in beide zaken kunnen diverse eisen worden afgeleid voor de verlening van schaarse concessies en – zoals hiervoor is betoogd – schaarse vergunningen. Deze worden hierna weergegeven en nader uitgewerkt aan de hand van andere rechtspraak van het Hof, vooral de al genoemde zaak *Betfair*.<sup>33</sup> In de eerste plaats is duidelijk dat schaarse concessies “voor mededinging open” moeten staan. Daartoe moet de verlenende overheid op grond van de transparantieplichting “elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid” waarborgen.<sup>34</sup> Deze verplichting beoogt bovendien het uitsluiten van “elke vorm van favoritisme en willekeur” door de verdelende instantie en de toetsing van de verdelingsprocedure op onpartijdigheid. De eis om bij de verdeling van de schaarse rechten daadwerkelijke mededingingsruimte te bieden zelf, vloeit niet voort uit de transparantieplichting, maar – zoals het Hof overweegt in de zaak *Succhi di Frutta* – uit het beginsel van gelijke behandeling. De eis geldt niet alleen voor de verlening van het schaarse recht, maar ook voor de verlenging ervan.<sup>35</sup> Dat aan alle potentiële gegadigden een ‘passende mate van openbaarheid’

29 Zie ook zaak C-221/12 (*Belgacom*), ECLI:EU:C:2013:736, waarin het Hof in punt 33 uitdrukkelijk stelt dat de verplichtingen van artikel 49 en 56 VWEU niet alleen van toepassing zijn op een concessieovereenkomst van diensten, maar ook op een vergunning om de dienst te verrichten.

30 Zaak C-470/11 (*Garkalns*), ECLI:EU:C:2012:505.

31 Gevoegde zaken C-72/10 en C-77/10 (*Costa & Cifone*), ECLI:EU:C:2012:80, punten 54 t/m 57 en 72 t/m 74.

32 Zaak C-496/99P (*Succhi di Frutta*), ECLI:EU:C:2004:236.

33 Het hierna volgende is mede gebaseerd op Drahmman 2011, Drahmman 2015, p. 22-23, en Wolswinkel 2013a, p. 334-341.

34 Zie voor deze eis al zaak C-324/98 (*Telaustria*), ECLI:EU:C:2000:669.

35 Zaak *Betfair*, punt 41.



moet worden geboden, betekent niet dat voor de verdeling van de schaarse rechten een officiële aanbesteding moet worden uitgeschreven.<sup>36</sup> Evenmin kan echter — zo leert de zaak *Betfair*<sup>37</sup> — een schaars recht ‘zonder enige oproep tot mededinging’ worden verleend of verlengd, omdat dan zou worden belet dat ‘andere exploitanten hun interesse in de uitoefening van de betrokken activiteit kenbaar kunnen maken’ en zij dus worden verhinderd om gebruik te maken van het in artikel 56 VWEU neergelegde vrij verkeer van diensten. Uit de rechtspraak van het Hof kan geen voorkeur voor een bepaalde verdelingsprocedure worden afgeleid. De ‘passende mate van openbaarheid’ betreft de verdelingsprocedure en de criteria, voorwaarden en modaliteiten die bij de verdeling zullen worden toegepast. Deze moeten ‘vooraf bekend zijn’, zodat potentiële gegadigden op ‘basis van het geheel aan relevante informatie’ kunnen beslissen om aan de procedure deel te nemen. Welke medium de verdelende overheid hiertoe moet gebruiken, hangt mede af van de inhoud en de omvang van het te verdelen recht.<sup>38</sup> Aangezien het in het kader van artikel 49 en 56 VWEU gaat om schaarse rechten, waarin ook buitenlandse gegadigden geïnteresseerd kunnen zijn, zal een medium moet worden gekozen, waarmee ook zij kunnen worden bereikt.<sup>39</sup> De verdelingscriteria moeten ‘objectief en niet-discriminerend’ zijn en ‘duidelijk, precies en onduidelijk’ zijn geformuleerd. Aldus kunnen alle ‘behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers’ de juiste draagwijdte ervan begrijpen en wordt de discretionaire bevoegdheid van de verlenende overheid afgebakend en wordt voorkomen dat de criteria op willekeurige wijze worden gebruikt.<sup>40</sup> Overigens is een nadere precisering van de criteria na afloop van het aanvraagstijdvak wel mogelijk, mits zij niet leidt tot wijziging ervan en geen elementen bevat die, ware zij bekend geweest bij de voorbereiding van de aanvragen, die voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden.<sup>41</sup> De criteria moeten gedurende de procedure op alle aanvragen op gelijke wijze worden toegepast. Een afwijkende interpretatie ervan ten gunste van één aanvrager — en bevoordeling van die aanvrager — is niet mogelijk. In het verlengde hiervan geldt bovendien dat essentiële bepalingen van een eenmaal verleende schaarse vergunning gedurende de looptijd ervan

in beginsel niet wezenlijk mogen worden gewijzigd.<sup>42</sup> Een wijziging is wezenlijk indien zij, ware zij bekend geweest bij het begin van het aanvraagstijdvak, had kunnen leiden tot een keuze voor een andere aanvrager. Zo’n wijziging is wel toelaatbaar, indien de bevoegdheid daartoe in de bij de oorspronkelijke verdeling toepasselijke verdelingsregels was voorzien. Ten slotte past een opmerking over de status van transparantie. Zoals blijkt uit *Costa & Cifone*, is het Hof op dit punt niet erg consistent. Terwijl transparantie eerst wordt gekwalificeerd als een “verplichting”, duidt het deze eis in een latere overweging aan als ‘beginsel’.<sup>43</sup> Hoe dan ook is transparantie ‘een logisch uitvloeisel’ van het gelijkheidsbeginsel en dient het ter realisering van dat beginsel en ook van de beginselen van rechtszekerheid en objectiviteit.

3.8 In de rechtspraak van het Hof worden twee situaties genoemd, waarin een uitzondering kan bestaan op de plicht om bij de verdeling van schaarse rechten reële mededinging te garanderen en daartoe aan potentiële gegadigden een ‘passende mate van openbaarheid’ te waarborgen. In de eerste plaats is dat — aldus het Hof in de zaak *Betfair* — mogelijk indien de betrokken lidstaat de vergunning zou verlenen aan of verlengen voor:<sup>44</sup>

“[...] een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of om een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen.”

In dat geval kwalificeert de uitzondering als een gerechtvaardigde beperking van (thans) artikel 56 VWEU en is de verlening van een exclusief recht voor de exploitatie van kansspelen, zonder oproep tot mededinging, niet onevenredig gelet op de doelstellingen die de nationale regeling nastreeft (consumentenbescherming en de bestrijding van criminaliteit en gokverslaving). Deze uitzondering lijkt te zijn geïnspireerd door de in het gereguleerde aanbestedingsrecht onder voorwaarden geaccepteerde uitzondering op een openbare aanbesteding van diensten in geval van ‘inbesteding’, waarin de aanbestedende dienst de dienst zelf uitvoert, of van ‘quasi-inbesteding’, waarin de activiteit wordt verricht door een dienst waarop de aanbestedende dienst toezicht houdt zoals op haar eigen diensten.<sup>45</sup> In de tweede plaats formuleert het Hof in de zaak

36 Aldus ook zaak *Betfair*, punt 41, en zaak C-64/08 (*Engelmann*), ECLI:EU:C:2010:506.

37 Zaak *Betfair*, punt 53-55.

38 Zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), ECLI:EU:C:2005:605.

39 In het aanbestedingsrecht worden opdrachten met een grensoverschrijdend belang bekendgemaakt op TenderNed.

40 Zie ook zaak *Betfair*, punt 49-51.

41 Vgl. zaak C-331/04 (*ATI EAC*), ECLI:EU:C:2005:718, punt 32.

42 Zaak C-91/08 (*Wall AG*), ECLI:EU:C:2010:182.

43 Dat doet het Hof veel vaker, bijvoorbeeld ook de zaak *Succhi di Frutta*, in zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*), ECLI:EU:C:2007:508, en zaak C-336/14 (*Ince*), ECLI:EU:C:2016:72.

44 Zaak *Betfair*, punt 59-60.

45 Vgl. voor deze parallelle, Stergiou 2011, p. 10-11; Wolswinkel 2013a, p. 343.

CASTA een uitzondering op de uit artikel 49 en 56 VWEU voortvloeiende mededingings- en transparantieverplichting.<sup>46</sup> Deze komt erop neer dat de genoemde verdragsvrijheden zich niet verzetten tegen een nationale regeling, die de lokale overheden toestaat.<sup>47</sup>

“[...] een opdracht voor het verrichten van medische vervoersdiensten rechtstreeks en zonder enige vorm van bekendmaking te gunnen aan vrijwilligersorganisaties, mits het wettelijk en contractuele kader waarbinnen die organisaties werken, daadwerkelijk bijdraagt aan het sociaal doel en aan de doelstellingen van solidariteit en kostenefficiëntie”.

Het Unierecht verlangt in dat geval evenmin dat de overheidsinstantie die met dergelijke organisaties wil contracteren, de aanbiedingen van verschillende organisaties van te voren vergelijkt. 3.9 In zijn verzoek om conclusie stelt de voorzitter de specifieke kwestie aan de orde hoe een eventueel bestaande bestuurlijke plicht om bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden reële mededingingsruimte te garanderen, kan worden gerealiseerd in de omstandigheden van het geval, waarin “op voorhand slechts één locatie geschikt is” en die locatie eigendom is van een particuliere ondernemer die zelf beslist met wie hij een overeenkomst sluit, zodat de keuze aan wie de schaarse vergunning kan worden verleend, “feitelijk niet aan het bestuursorgaan wordt gelaten”. Op deze vraag ga ik in punt 7.7 nader in. Wel maak ik op deze plaats melding van de uitspraak van het Hof in de zaak *Ordine degli Architetti*,<sup>48</sup> omdat die voor deze kwestie wellicht interessant is. In deze zaak had de gemeente Milaan de aanleg van een openbaar gebouw, het theater van Bicocca, vergund door verlening van een bouwvergunning aan de eigenaar van het terrein waarop de bouw zou plaatsvinden, die deze voorziening in eigen beheer kon aanleggen, zonder dat daarbij richtlijn 93/37/EEG, betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in acht was genomen. In de zaak acht het Hof deze wijze van verlening in strijd met de richtlijn. In verband met de stelling dat niet de overheid, maar de exploitant-houder van de bouwvergunning de marktdeelnemer kiest die met de uitvoering van de werken wordt belast, overweegt het Hof als volgt.

“Dat betekent niet, dat de richtlijn in geval van aanleg van een infrastructurele voorziening slechts wordt nageleefd, indien het gemeen-

tebestuur zelf de in de richtlijn omschreven aanbestedingsprocedures toepast. Het nuttig effect daarvan zou evengoed worden verzekerd, indien het gemeentebestuur op grond van de nationale wetgeving de exploitant-vergunninghouder door middel van de met hem gesloten overeenkomsten kon verplichten de overeengekomen werken uit te voeren volgens de in de richtlijn omschreven procedures, zulks ter vervulling van de verplichtingen die dienaangaande krachtens de richtlijn op het gemeentebestuur rusten. [...] Deze mogelijkheid dat de voorschriften van de richtlijn inzake bekendmaking worden toegepast door andere personen dan de aanbestedende dienst, is in artikel 3, lid 4, van de richtlijn uitdrukkelijk geregeld voor concessieovereenkomsten voor openbare werken.”

Deze uitspraak maakt duidelijk dat, in de context van de gereuleerde aanbesteding van werken, de daarbij voor het bestuur geldende verplichtingen om mededinging en transparantie te garanderen ook kunnen worden gerealiseerd doordat het bestuur de naleving ervan contractueel oplegt aan de eigenaar van het terrein die de werken op grond van een vergunning in eigen beheer uitvoert.

3.10 Wat betreft de Dienstenrichtlijn is voor de vraag naar een op het EU-recht gebaseerde rechtsplicht om bij de verdeling van schaarse vergunning reële mededinging te garanderen, de zaak *Trijber* van belang.<sup>49</sup> In die zaak staat overigens niet de verdelingsprocedure zelf ter beoordeling, maar gaat het om de vraag of, indien het aantal dienstenvergunningen is beperkt vanwege dwingende redenen van algemeen belang, ook de geldigheidsduur van de vergunning moet worden beperkt. Het Hof is met deze vraag snel klaar. Het verwijst naar artikel 11, eerste lid, van de richtlijn, waaruit volgt dat aan dienstverrichters verleende vergunningen in beginsel geen beperkte geldigheidsduur hebben, tenzij (onder meer) het aantal vergunningen is beperkt door een dwingende reden van algemeen belang. Hieruit volgt:

“[...] dat wanneer het aantal beschikbare vergunningen om een dergelijke dwingende reden van algemeen belang beperkt is, deze vergunningen evenwel een beperkte geldigheidsduur moeten hebben.”

Dienaangaande kan aan de nationale instanties ‘geen beoordelingsbevoegdheid worden gelaten zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het doel dat artikel 11 van [de Dienstenrichtlijn] nastreeft, te weten toegang van diensverrichters tot de

46 Zaak C-50/14 (*CASTA*), ECLI:EU:C:2016:56. (47) Zaak *CASTA*, punt 67.

47 Zaak *CASTA*, punt 67.

48 Zaak C-399/98 (*Ordine degli Architetti*), ECLI:EU:C:2001:401.

49 Een van de gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14 (*Trijber & Harmsen*), ECLI:EU:C:2015:641. Zie voor het navolgende, inclusief de citaten, punt 61 t/m 65.

betrokken markt.' Vervolgens stelt het Hof vast dat de beperking van de betreffende vergunningen inderdaad wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, en concludeert het dat de 'verleende vergunningen niet van onbepaalde duur kunnen zijn'. Hoewel de uitspraak betrekking heeft op de beperkte vergunningsduur van 'beleidsmatig gecreëerde' schaarse dienstenvergunningen, kan eruit mijn inziens ook worden afgeleid dat het bestuur bij de verdeling van deze vergunningen op enigerlei wijze reële mededingingsruimte moet bieden. Anders heeft die beperkte vergunningsduur weinig zin. Bovendien acht ik het, in het verlengde van de uitspraak, heel waarschijnlijk dat het Hof aan procedures voor de verlening van 'beleidsmatig gecreëerde' schaarse vergunningen min of meer dezelfde eisen zal stellen als die in artikel 12 Dienstenrichtlijn worden gesteld aan de verdeling van schaarse vergunningen, voor zover die schaarste het gevolg is van schaarste van beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden.<sup>50</sup> Deze eisen vloeien immers al voort uit de beginselen van gelijkheid, transparantie en onpartijdigheid, beginselen die op grond van artikel 10 en 13 van de richtlijn gelden voor (de procedure tot verlening van) alle, ook schaarse dienstenvergunningen, en worden in de rechtspraak ook gesteld op basis van artikel 49 VWEU (punt 3.7). In dat geval geldt ook voor 'beleidsmatig gecreëerde' schaarse dienstenvergunningen dat voor de verlening hiervan een selectieprocedure moet worden vastgesteld die alle waarborgen biedt voor onpartijdigheid en transparantie en dat de opening, uitvoering en sluiting van de procedure toereikend moeten worden bekendgemaakt (punt 3.3). Het valt wellicht op dat de eis dat schaarse rechten niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend, niet is genoemd bij de bespreking van de uit artikel 49 en 56 VWEU voortvloeiende eisen (punt 3.7). De reden hiervoor is, dat het Hof zich in dat kader nog niet expliciet over dit punt heeft uitgelaten. Wel beschouwt het Hof de verlening van dergelijke rechten voor lange tijd als een zelfstandige beperking van het vrij verkeer van diensten die afzonderlijk moet worden gerechtvaardigd.<sup>51</sup> Een dergelijke rechtvaardiging kan bijvoorbeeld zijn dat de houder van het schaarse recht voldoende tijd moet hebben om de noodzakelijke investeringen om van dat recht gebruik te maken, terug te verdienen. In het licht van deze rechtspraak lijkt het mij vrijwel uitgesloten dat het Hof in het kader van artikel 49 en 56 VWEU de verlening van een

schaars recht voor onbepaalde tijd toelaatbaar zal achten. Ik kan althans geen rechtvaardiging voor een dergelijke onbepaalde duur bedenken.

3.11 Ten slotte kan melding worden gemaakt van de zaak *IPK Internationaal*,<sup>52</sup> waarin het Gerecht van de EU helderheid schept over de betekenis van artikel 109, eerste lid, Financieel Reglement 2002, waarin is bepaald dat de toekenning van Europese subsidies geschiedt met inachtneming van onder meer het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling. Volgens het Gerecht veronderstelt dit:<sup>53</sup>

"[...] dat potentiële aanvragers van financiële bijstand, gelet op het beperkte budget dat beschikbaar is voor de financiering van dergelijke subsidies, gelijk worden behandeld ten aanzien van, ten eerste, de mededeling, in de uitnodiging tot het indienen van voorstellen, van relevante informatie over de criteria voor de selectie van de in te dienen projecten en, ten tweede, de vergelijkende beoordeling van die projecten die tot de selectie ervan zal leiden en tot de toekenning van subsidie. Deze bepaling vormt dus de uitdrukking van het algemeen beginsel van gelijke behandeling".

Uit het voorgaande blijkt dat het Gerecht ervan uitgaat dat over de toekenning van schaarse Europese subsidies in "vergelijkende beoordeling" wordt beslist, en dat die verplichting en de daarvoor geldende eisen zijn gerelateerd aan het algemeen beginsel van gelijke behandeling. Vervolgens geeft het Gerecht aan welke betekenis het transparantiebeginsel in de subsidieprocedures heeft. Uitdrukkelijk verwijzend naar de betekenis van dit beginsel bij de aanbesteding van overheidsopdrachten, stelt het:<sup>54</sup>

"Op begrotingsgebied heeft de verplichting tot doorzichtigheid, als het logisch uitvloeisel van gelijke behandeling [...], in essentie tot doel te waarborgen dat elke vorm van favoritisme en willekeur door de begrotingsautoriteit wordt uitgebannen. Deze verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de toekenningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de uitnodiging voor het indienen van voorstellen worden geformuleerd. Alle informatie die relevant is voor een goed begrip van de uitnodiging [...] moet dus zo snel mogelijk ter beschikking worden gesteld van alle marktdeelnemers die er potentieel een belang bij hebben om deel te nemen aan een procedure voor de toekenning van subsidies, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aan-

50 Zo ook Botman, p. 300.

51 Zaak C-323/03 (*Commissie/Spanje*), ECLI:EU:C:2006:159; zaak C-64/08 (*Engelmann*), ECLI:EU:C:2010:506.

52 Zaak T-297/05 (*IPK International*), ECLI:EU:T:2011:185.

53 Zaak *IPK International*, punt 122.

54 Zaak *IPK International*, punt 124.

vragers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en anderzijds, de begrotingsautoriteit in staat is om metterdaad na te gaan of de voorgestelde projecten beantwoorden aan de vooraf bekendgemaakte selectie- en toekenningscriteria”.

Aldus ziet men de eisen die het Hof heeft geformuleerd voor de verdeling van schaarse concessies en vergunningen op grond van artikel 49 en 56 VWEU terug bij de verdeling van schaarse Europese subsidies.

#### Bevindingen

3.12 Uit het voorgaande blijkt dat op grond van het Unierecht voor de lidstaten een verplichting kan bestaan om bij de verlening van schaarse publieke rechten reële mededingingsruimte te bieden. Deze verplichting wordt soms voorgeschreven in secundaire Unieregelgeving, zoals bij de aanbesteding van overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten en de verdeling van dergelijke rechten op het terrein van telecommunicatie en openbaar vervoer (punt 3.2). Bovendien geldt zij op grond van de Dienstenrichtlijn ook voor de verlening van schaarse vergunningen, voor zover die schaarse het gevolg is van schaarse van beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden (punt 3.3). Naar alle waarschijnlijkheid geldt zij, binnen de reikwijdte van die richtlijn, ook voor de verdeling van ‘beleidsmatig gecreëerde’ schaarse dienstenvergunningen (punt 3.10). Volgens het Hof vloeit de verplichting om bij de verdeling van schaarse publieke rechten reële mededingingsruimte te bieden ook voort uit artikel 49 en 56 VWEU, en de daarbij geldende beginselen (punt 3.7). Op basis van die beginselen acht het Gerecht de verplichting ook van toepassing bij de verdeling van schaarse Europese subsidies (punt 3.11). De verplichting om bij de verdeling van schaarse rechten reële mededinging te garanderen, is gebaseerd op het beginsel van gelijke behandeling. Ter realisering ervan moet de verlenende instantie op grond van de transparantieplichting elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid waarborgen. Deze verplichting, die in veel uitspraken ook wordt aangeduid als ‘beginsel’, is – aldus het Hof – een ‘logisch uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel (punt 3.7 en 3.11).

3.13 De door het Hof geaccepteerde beperkingen op de verplichting zijn nogal specifiek (punt 3.8). In de eerste plaats – zo blijkt uit *Betfair* – is de verlening of verlenging van een kansspelvergunning, zonder enige oproep tot mededinging, niet in strijd met artikel 56 VWEU, als het een openbare exploitant betreft wiens beheer onder

rechtstreeks toezicht staat van de Staat of om een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen. In de tweede plaats kan volgens de zaak *CASTA* een opdracht voor het verrichten van medische vervoersdiensten rechtstreeks en zonder enige vorm van mededinging worden gegund aan vrijwilligersorganisaties, althans wanneer het wettelijk en contractueel kader waarbinnen zij werken bijdraagt aan een sociaal doel en aan de doelstellingen van solidariteit en kostenefficiëntie. Verder is in punt 3.2 opgemerkt dat het op grond van Richtlijn 2014/24 in bijzondere omstandigheden is toegestaan om een opdracht voor onder meer diensten te gunnen volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, namelijk als bij een eerdere procedure geen geschikte inschrijving is ingediend, als de dienst om technische of artistieke redenen alleen kan worden verricht door een bepaalde ondernemer of als dwingende, onvoorzienbare spoed daartoe noopt. Aangezien de rechtspraak van het Hof over de verplichting om bij de verlening van schaarse publieke rechten reële mededingingsruimte te bieden, is geïnspireerd door zijn rechtspraak over de aanbestedingsrichtlijnen, zijn deze beperkingsmogelijkheden wellicht ook van toepassing op die verplichting. Ten slotte is signaleerd dat, in de context van het gereguleerde aanbestedingsrecht voor werken, het bestuur zijn verplichtingen om mededinging en transparantie te garanderen ook kan realiseren door de naleving ervan contractueel op te leggen aan de eigenaar van het terrein die de werken op grond van een bouwvergunning in eigen beheer uitvoert (punt 3.9).

3.14 In zijn rechtspraak stelt het Hof diverse eisen aan de competitieve verdeling(s)procedure van nationale schaarse vergunningen binnen de reikwijdte van artikel 49 en 56 VWEU, die waarschijnlijk ook gelden voor vergunningen binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Zij dienen twee doelstellingen, in de eerste plaats het garanderen van reële mededinging en gelijke kansen voor alle potentiële gegadigden bij die verdeling, en in de tweede plaats de uitsluiting van elke vorm van favoritisme en willekeur door het beslissend bestuursorgaan. Mits aan deze eisen wordt voldaan, is geen enkele verdelingsprocedure in beginsel uitgesloten. De eisen worden genoemd in de punten 3.7 en 3.10. Het betreft:

- De verdelende overheid moet voorafgaande aan de verdeling alle potentiële gegadigden een passende mate van openbaarheid bieden over de verdelingsprocedure en de criteria die bij de verdeling zullen worden toegepast.

- de verdelingscriteria moeten objectief, niet-discriminerend, duidelijk, precies en ondubbel-

zinnig zijn. Nadere precisering ervan na afloop van het aanvraagstijdvak is alleen mogelijk, als zij niet leidt tot wijziging ervan en geen elementen bevat die, waren zij bekend geweest bij de voorbereiding van de aanvragen, die voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden.

— de verdelingscriteria moeten gedurende de procedure op alle aanvragen op gelijke wijze worden toegepast.

Essentiële bepalingen van een eenmaal verleende schaarse vergunning mogen gedurende de looptijd ervan niet wezenlijk worden gewijzigd, tenzij de bevoegdheid daartoe was voorzien in de bij de oorspronkelijke verdeling toegepaste regels. Ten slotte kunnen schaarse vergunningen niet voor onbepaalde tijd worden verleend.

#### 4. Mededingsruimte bij schaarse vergunningen: het nationale perspectief

##### Inleiding

4.1 In deze paragraaf ga ik in op de voor de beantwoording van de vragen van de voorzitter relevante rechtspraak van de Nederlandse rechter. Eerst bespreek ik de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB of College), daarna die van de Afdeling, en ten slotte ga ik kort in op de rechtspraak van de Hoge Raad. Hierna worden ook twee uitspraken besproken over de verdeling van — door het vaststellen van een subsidieplafond — schaars gemaakte (tender)subsidies. Voor deze verdeling bevat de Awb een aantal bepalingen, die ik voor een goed begrip van de zaken kort vermeld. Volgens de Awb kunnen een subsidieplafond en de wijze van verdeling van het bedrag slechts bij of krachtens wettelijk voorschrift worden vastgesteld (art. 4:25, eerste lid, en 4:26, eerste lid). Op grond van artikel 4:26, tweede lid, Awb, wordt die wijze van verdeling bij de bekendmaking van het subsidieplafond vermeld. Deze bekendmaking moet in beginsel plaatsvinden voor aanvang van het aanvraagstijdvak (art. 4:27, eerste lid). Daardoor kan — aldus de MvT bij de derde tranche van de Awb — elke aanvrager bij het indienen van zijn aanvraag rekening houden met de hoogte van het subsidieplafond en de gekozen verdelingsprocedure.<sup>55</sup> Op deze regel bevat artikel 4:28 Awb een aantal uitzonderingen, onder meer in het geval dat bij de bekendmaking van het plafond is gewezen op de mogelijkheid van verlaging en de gevolgen daarvan voor reeds ingediende aanvragen. Gelet op het voorgaande gaat de wetgever ervan uit dat (potentiële) gegadigden reële kansen moeten hebben om naar schaarse subsidies mee te dingen.

<sup>55</sup> PG Awb III, p. 209.

##### Het College van Beroep voor het bedrijfsleven

4.2 Voor de beantwoording van de vraag of er naar Nederlands recht een rechtsplicht bestaat om bij de verdeling van schaarse publieke rechten aan potentiële gegadigden reële mededingsruimte te bieden, ook als de toepasselijke regelgeving daartoe niet dwingt en het Unierecht daartoe niet noopt, is de rechtspraak van het CBB van groot belang geweest. De klassieke uitspraak in dit verband is de uitspraak van het College van 3 juni 2009 in de zaak *Swiss Leisure Group*.<sup>56</sup> Deze zal daarom als eerste worden besproken, ook al komt de problematiek ook al in (soms veel) oudere rechtspraak van het College aan de orde.<sup>57</sup> De rechtspraak van het CBB betreft vooral twee schaarse publieke rechten, namelijk de lokale speelautomatenhalvergunning, die ook in de onderhavige zaak aan de orde is, en de lokale ontheffing van het verbod voor winkels om op zon- en feestdagen voor het publiek open te zijn. In alle zaken speelt het Unierecht, voor zover relevant voor mijn betoog, geen rol.

4.3 In de zaak *Swiss Leisure Group* (2009) limiteerde de Haagse Verordening op de Kansspelen het aantal te verlenen vergunningen voor speelautomatenhallen op acht. Omdat dat plafond was bereikt, kon een vergunning voor een nieuwe locatie alleen worden verleend als een vergunning voor een bestaande locatie zou vervallen of zou worden ingetrokken. De burgemeester had een vergunning voor een nieuwe locatie in het centrum van Den Haag verleend aan Hommerson, nadat dat bedrijf zijn vergunning voor een locatie in Scheveningen had ingetrokken. Een concurrerende exploitant, *Swiss Leisure Group*, stelt tegen de vergunning beroep in bij het CBB. Het College overweegt:

“Het College is van oordeel dat de verlening aan Hommerson van de derde halvergunning in het centrum van Den Haag [in de onderhavige situatie] op gespannen voet staat met het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten met de vereiste zorgvuldigheid worden voorbereid en genomen. Hiertoe wordt het volgende overwogen. Het zorgvuldig-

<sup>56</sup> CBB 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466 (*Swiss Leisure Group*). De zaak wordt ook wel aangeduid als *Hommerson*.

<sup>57</sup> Zie bijvoorbeeld CBB 31 mei 1985, AB 1985/530, waarin het College oordeelt dat het college van b en w van Amersfoort de schaarse ontheffingen voor het houden van een antiekbeurs op zon- en feestdagen — men kon op grond van de geldende wet- en regelgeving twee ontheffingen verlenen, terwijl er drie gegadigden waren — niet had mogen verlenen aan twee aanvragers, waarmee men eerder “zaken” had gedaan, maar een eventueel globale vergelijkende beoordeling van de aanvragen had moeten verrichten. Hierover G.P. Kleijn, ‘Het zorgvuldigheidsbeginsel en gelimiteerde vergunningstelsels’, *Gst.* 1988, no. 6850, p. 73-78, alsmede de reactie van L.J.A. Damen, ‘Gelimiteerde vergunningstelsels, of ruimer: beschikkingstelsels en het gelijkheidsbeginsel’, *Gst.* 1988, 6853, p. 151-152.



heidsbeginsel vergt in een geval als het onderhavige — dat er door wordt gekenmerkt dat de mogelijkheid wordt gecreëerd van een vergunning voor een derde speelautomatenhal in het centrum, maar er geen ruimte bestaat voor het verstrekken van een vergunning zolang niet een reeds verleende vergunning komt te vervallen dan wel wordt ingetrokken — dat op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid wordt geboden mee te dingen naar deze schaarse vergunning. Verweerder heeft, door in het onderhavige geval de vergunning voor de derde speelautomatenhal in het centrum van Den Haag te verlenen onder gelijktijdige intrekking van de vergunning voor de Strandweg in Scheveningen, een situatie in het leven geroepen waarin derden niet van te voren op de hoogte konden worden gebracht van het feit dat een vergunning was vrijgekomen en het maximum van acht vergunningen niet langer was bereikt. Het onder deze omstandigheden verlenen van een vergunning aan Hommerson voldoet dus in beginsel niet aan de eisen die op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen worden gesteld aan de besluitvorming. Dit zou anders zijn, indien voor verweerder bij voorbaat vaststond dat alleen de litigieuze locatie op de Spuimarkt, waarover Hommerson gerechtigd is te beschikken, aan de wettelijke voorschriften voldeed, en elke andere aanvraag voor een derde halvergunning in het centrum zou moeten worden afgewezen. Uit het bestreden besluit noch overigens is duidelijk geworden of dit ten tijde van belang het geval was. De enkele ter zitting betrokken stelling van Hommerson dat alleen haar aanvraag aan de geldende criteria voldeed, acht het College onvoldoende. Het College is dan ook van oordeel dat het bestreden besluit een deugdelijke motivering mist”.

Volgt vernietiging wegens schending van artikel 7:12 Awb. In de uitspraak stelt het College met zoveel woorden dat het bestuur in de aan de orde zijnde situatie, waarin een vergunning pas kan worden verstrekt als een eerder verleende vergunning is vervallen of ingetrokken, op het moment dat het laatste gebeurt, verplicht is aan andere ondernemers de mogelijkheid te bieden om “mee te dingen naar deze schaarse vergunning”. Vanwege deze verplichting kan het bestuur een aanvraag dus niet honoreren als deze aan de wettelijke criteria voldoet, maar pas als daarbovenop aan andere ondernemers die mededingingskansen is geboden. De verplichting om aan andere ondernemers mededingingskansen te bieden, wordt gebaseerd op het algemene beginsel van

behoorlijk bestuur dat “besluiten met de vereiste zorgvuldigheid worden voorbereid en genomen”, ook al vernietigt het College het bestreden besluit wegens schending van het motiveringsbeginsel.<sup>58</sup> Het bedoelde zorgvuldigheidsbeginsel is, nu het College artikel 3:2 Awb niet noemt, vermoedelijk ruimer dan die bepaling. Bovendien formuleert het CBB een uitzondering op de mededingingsverplichting. Zij geldt niet als “bij voorbaat vaststaat” dat alleen de locatie van Hommerson aan de wettelijke voorschriften voldoet en elke andere aanvraag zou moeten worden afgewezen. Over de wijze waarop het bestuur de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte moet vormgeven, biedt de uitspraak beperkte informatie. Duidelijk is dat op het bestuur een informatieplicht rust om andere ondernemers op een of andere wijze op de hoogte te stellen van de ontstane ruimte, aangezien de omstandigheid dat “derden niet van te voren op de hoogte konden worden gebracht van het feit dat een vergunning was vrijgekomen”, voor het College reden is om de vergunningverlening aan Hommerson onzorgvuldig te achten. Voor het overige laat het CBB in het midden via welke verdelingsprocedure de vergunning moet of kan worden verleend, mits andere ondernemers maar naar die vergunning kunnen meedingen. Een vraag die daarom boven de markt hing, was of daartoe ook als systeem de verlening op volgorde van binnenkomst van de aanvragen (“wie het eerst komt, het eerst maalt”) kan worden toegepast.<sup>59</sup>

4.4 Deze vraag wordt door het College bevestigend beantwoord in de zaak *Pierik & Meson*.<sup>60</sup> De zaak betrof de Zwolse Verordening Speelautomatenhallen, waarin het vergunningsplafond, voor zover relevant, was gesteld op één. Deze vergunning was door de burgemeester voor het jaar 2008 verleend aan Flash, nadat dit bedrijf in de gelegenheid was gesteld om zijn aanvraag aan te vullen en het ontwerp van de vergunning, met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb, ter inzage was gelegd. Twee concurrenten, Pierik en Meson, hadden in deze procedure zienswijzen ingediend, en stelden tegen de verlening aan Flash beroep in bij het CBB. Dat beroep betreft ook de weigeringen door de burgemeester van de aanvragen die beide, toen het ontwerp van de vergunning voor

58 Deze keuze kan worden verklaard omdat het bestuur niet deugdelijk heeft gemotiveerd of in de zaak wellicht een uitzondering op de verplichting om mededingingsruimte te bieden bestond. De verplichting zelf wordt echter gebaseerd op het zorgvuldigheidsbeginsel.

59 Saillant detail, in de — in een vorige noot vermelde — uitspraak van het CBB van 31 mei 1985, AB 1985/530, achtte het College dit niet mogelijk. Vgl. Damen 1988, p. 151.

60 CBB 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375. Deze zaak wordt ook wel *Flash* genoemd.

Flash al ter inzage lag, hadden ingediend om voor de vergunning in aanmerking te komen. Beide aanvragen voldeden niet aan wettelijke indieningseisen, maar aan hen was geen ruimte voor aanvulling geboden. Het beroep richt zich mede daar tegen. Het College overweegt:

“Voor zover Pierik betoogt dat haar uit het oogpunt van zorgvuldigheid de gelegenheid had moeten worden geboden om haar aanvraag aan te vullen, wordt overwogen dat verweerder zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat in dit geval op dat moment deze gelegenheid niet meer behoefde te worden gegeven. Slechts indien verweerder een systeem van vergelijkende toets tussen verschillende volledige aanvragen zou hebben gehanteerd, zou aanleiding hebben bestaan voor het bieden van de mogelijkheid om de aanvraag aan te vullen, zolang de beschikbare schaarse vergunning nog niet was verleend. Nu uit de verordening echter een systeem van volgorde van binnenkomst van aanvragen dient te worden afgeleid en de Wet op de Kansspelen, noch enige andere wettelijke regeling zich hiertegen verzet, is het College van oordeel dat verweerder zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat voor het bieden van de gelegenheid van het aanvullen van de aanvraag van 4 december 2007 geen plaats meer was. Immers was er ten tijde van de aanvraag van Pierik reeds een volledige aanvraag van Flash en lag het ontwerp van de vergunning voor Flash reeds ter inzage. Het bieden van de gelegenheid tot het aanvullen van de aanvraag van Pierik zou geleet op het systeem van volgorde van binnenkomst van aanvragen en het stadium van de procedure, geen enkel doel meer dienen. Het betoog van Meson dat andere gegadigden hadden moeten worden geïnformeerd over de aanvraag van Flash kan, geleet op het voorgaande, evenmin slagen. In dit verband acht het College van belang dat, indien bij de verlening van een schaarse vergunning gebruik wordt gemaakt van een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvraag, voor potentiële gegadigden kenbaar moet zijn of deze vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is. In dit geval was het appellanten bekend of had hun bekend kunnen zijn dat de verleende vergunning voor het exploiteren van een speelautomatenhal in het centrum van Zwolle op 31 december 2007 zou komen te vervallen en was de procedure ten aanzien van het verlenen van de vergunning duidelijk. Het stond appellanten vrij om voor de exploitatie van een speelautomatenhal voor het jaar 2008 en volgende,

tijdig een volledige aanvraag in te dienen. Dat zij dit hebben nagelaten en zij, pas nadat Flash een volledige aanvraag had ingediend en het ontwerp van het besluit was gepubliceerd, onvolledige aanvragen hebben ingediend, is voor hun risico’. Uit de uitspraak blijkt dat ook het systeem van verlening van schaarse vergunningen op volgorde van binnenkomst, in beginsel voldoet aan het vereiste dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan andere gegadigden ruimte worden geboden om naar de vergunning mee te dingen. Wel geldt daarbij als voorwaarde dat voor “potentiële gegadigden kenbaar moet zijn of deze vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is”.

Dat laatste was in dit geval duidelijk, aangezien de uitgebreide uniforme voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb was voorgeschreven. Aan de kenbaarheid van het ‘beschikbaar komen’ van de vergunning stelt het College in de zaak geen hoge eisen. Dat had in dit geval aan appellanten “bekend kunnen zijn”, zonder dat het College aangeeft waarom dat zo is. Het bestuur lijkt op dit punt geen actieve informatieplicht te hebben. In de uitspraak maakt het CBB wat betreft de toepassing door het bestuur van de bevoegdheid van artikel 4:5, eerste lid, Awb, om de aanvrager in de gelegenheid te stellen een onvolledige aanvraag aan te vullen, onderscheid tussen de toepassing van een verdelingssysteem van een ‘vergelijkende toets’ en het systeem van verlening op volgorde van binnenkomst. Bij het eerste systeem kan, zolang de schaarse vergunning nog niet is verdeeld, daartoe aanleiding bestaan. Bij het tweede systeem dient dat geen doel meer als er, zoals in casu het geval is, al een volledige aanvraag (van Flash) ligt.

4.5 De vraag naar de toelaatbaarheid van een systeem van verlening op volgorde van binnenkomst in het licht van de verplichting tot het bieden van reële mededingingsruimte bij de verdeling van schaarse publieke rechten, komt opnieuw aan de orde in de uitspraak van het CBB in de zaak *EM-TÉ* (2011).<sup>61</sup> In die zaak was dat bedrijf opgekomen tegen de aan Super de Boer en Plus verleende ontheffing voor zondagopenstelling. In deze zaak overweegt het College als volgt:

“Over de wijze waarop burgemeester en wethouders de ontheffingen aan gegadigden dienden toe te wijzen, is noch in de Winkeltijdenwet, noch in de Verordening een bepaling opgenomen. Burgemeester en wethouders hebben in de procedures die tot de in beroep bestreden besluiten hebben geleid, de ontheffingen verleend op volgorde van binnenkomst

61 Cbb 21 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3751 (*EM-TÉ*).

van de verzoeken. Deze verdelingsmethode is in beginsel niet in strijd met het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel. Niet is in geschil dat op het moment waarop burgemeester en wethouders aan Super de Boer en Plus een ontheffing verleenden, zij de eerste supermarkten waren die een verzoek om ontheffing hadden ingediend. Van een situatie waarin alle ruimte om ontheffingen te verlenen reeds was benut en nieuwe ruimte werd gecreëerd zonder dat andere ondernemers de gelegenheid is geboden mee te dingen naar die vrijgekomen ruimte – zoals het geval was in de zaak waarover het College in haar uitspraak van 3 juni 2009 oordeelde – is met betrekking tot de in casu verleende ontheffingen (dus de ontheffingen die duurden tot 1 juli 2010) geen sprake. De door EM-TÉ getrokken vergelijking gaat dan ook niet op. Burgemeester en wethouders mochten aldus de ontheffingen aan Super de Boer en Plus verlenen die in deze procedure aan de orde zijn.

Ook in deze zaak maakt het CBB duidelijk dat bij schaarse ontheffingen een verdelingssysteem op volgorde van binnenkomst toelaatbaar, want niet in strijd met het “rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel”, is. Ook volgt uit de uitspraak dat de keuze voor dit verdeelsysteem impliciet kan worden gedaan; zij kan blijken uit de omstandigheid dat de wettelijke voorschriften geen (ander) verdelingssysteem voorschrijft. Interessant is dat het College de situatie in de onderhavige zaak onderscheidt van die in de zaak *Swiss Leisure Group* (punt 4.3) Was in de laatste zaak sprake van de situatie dat alle ruimte om vergunningen te verlenen al was benut en nieuwe ruimte werd gecreëerd zonder dat andere ondernemers de gelegenheid werd geboden om naar die vrij komende ruimte mee te dingen, in de onderhavige zaak heeft EM-TÉ kennelijk wel reële kansen gehad om naar de ontheffing mee te dingen, maar heeft zij te laat van die mogelijkheid gebruik gemaakt. Daarbij lijkt mij van belang dat in de zaak *Swiss Leisure Group* de nieuwe ruimte om een vergunning te verlenen ontstond toen Hommerson zijn vergunning voor een andere locatie introk en Hommerson daarom per definitie als eerste van de ontstane ruimte gebruik kon maken.

4.6 Vanaf 2010 hanteert het CBB in zijn rechtspraak de standaardoverweging dat aan de besluitvorming over de toekenning van schaarse publieke rechten ‘onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld’. Men treft deze overweging aan in een uitspraak van het College van begin 2010 in de zaak *Albert Heijn* over een ontheffing voor

zondagopenstelling in Heemstede.<sup>62</sup> Op grond van de toepasselijk wettelijke voorschriften gold voor deze ontheffingen een plafond van één. In de zaak had het college van b en w de als eerste binnengekomen aanvraag (van Dekamarkt) aangehouden, omdat het wilde onderzoeken welke andere supermarkten interesse zouden hebben. Het wilde onder meer de mogelijke overlast en voldoende parkeergelegenheid bij de besluitvorming betrekken en bood andere supermarkten één maand de tijd om ook een aanvraag in te dienen. Nadat Albert Heijn van deze gelegenheid gebruik had gemaakt en een ontheffingaanvraag had ingediend, verleent het college de ontheffing aan Dekamarkt, omdat dit bedrijf als eerste een aanvraag heeft ingediend. Albert Heijn stelt beroep in bij het CBB. Het College overweegt als volgt:

“Het College overweegt dat aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing als hier in geding onder meer uit een oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld. Dat betekent dat een bestuursorgaan, nadat het gekozen heeft voor een methode aan de hand waarvan zal worden bepaald aan wie de ontheffing wordt verleend en deze keuze ook bekend heeft gemaakt, niet hangende de besluitvormingsprocedure tot wijziging van die methode behoort over te gaan indien daardoor afbreuk wordt gedaan aan het belang van een aanvrager die overeenkomstig het bekendgemaakte toewijzingsbeleid zijn aanvraag heeft ingediend en zijn handelwijze heeft bepaald. Het stond verweerders derhalve, na hun uitdrukkelijke keuze voor de vergelijkende toets, die zij ook bekend hebben gemaakt aan de potentiële gegadigden voor de ontheffing, en onder toepassing waarvan zij aanvankelijk ook voornemens zijn geweest de ontheffing aan appellante te verlenen, niet vrij om bij het nemen van de primaire besluiten en het bestreden besluit geen onverminderde toepassing meer te geven aan deze toets. Verweerders hebben derhalve gehandeld in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel door bij evengenoemde besluiten zwaarwegende betekenis toe te kennen aan het feit dat de ontheffingsaanvraag van Dekamarkt als eerste was binnengekomen, zoals hiervoor in 6.2.1 door het College is vastgesteld.”

Het besluit wordt vervolgens vernietigd wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. De boodschap van het CBB is duidelijk. Aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaars publiek recht worden “zware

62 CBB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125 (*Albert Heijn*).

eisen" gesteld. Dat betekent in de zaak dat het bestuur, als dat heeft gekozen voor een systeem van verdeling van dat recht op grond van een "vergelijkende toets", en deze keuze "bekend heeft gemaakt aan de potentiële gegadigden voor de ontheffing", niet meer kan overstappen naar een verdelingssysteem op volgorde van binnenkomst. Dat is in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Dit 'switch-verbod' geldt in elk geval vanaf het moment dat een gegadigde een aanvraag heeft ingediend, maar mogelijk al vanaf het moment dat aanvragen kunnen worden ingediend. Bovendien blijkt uit de uitspraak dat het in de praktijk voorkomt dat het bestuur, pas nadat de eerste aanvraag is ingediend, een keuze voor een bepaald verdelingssysteem maakt (vergelijkende toets). Kennelijk kan uit de omstandigheid dat de wettelijke voorschriften over het verdeelsysteem zwijgt, niet zonder meer worden afgeleid dat het bestuur (impliciet) heeft gekozen voor verdeling op volgorde van binnenkomst. In de zaak hoeft het CBB zich niet uit te spreken of deze handelwijze is toegestaan, omdat dit punt niet in geding is. In de zaak *Heiloo* doet zij dat wel en acht zij de handelwijze mogelijk.

4.7 De zaak *Heiloo* betrof ontheffingen voor de openstelling van supermarkten op zondagavond.<sup>63</sup> In de zaak waren vier aanvragen binnengekomen, die alle aan de wettelijke criteria voldeden, maar kon slechts één ontheffing worden verleend. Pas nadat de aanvragen waren binnengekomen, stelt het college van b en w beleid vast op grond waarvan aan alle aanvragers de komende vier jaar achtereenvolgens een ontheffing voor één jaar wordt verleend en de volgorde van verlening wordt bepaald door een loting. In beroep voert appellante aan dat er ten tijde van de primaire besluiten geen deugdelijk ontheffingsbeleid was en loting geen deugdelijk verdeelmiddel is. Het CBB oordeelt als volgt.

"Het betoog dat er ten tijde van de primaire besluiten geen deugdelijk beleid was [...], treft geen doel. Verweerders zijn bij de ontheffingsverlening voor 2011 met een schaarste geconfronteerd toen meerdere partijen geïnteresseerd bleken te zijn in de enige beschikbare ontheffing."

Vervolgens hebben zij

"aangekondigd beleid voor de ontheffingverlening voor de zondagavondopenstelling te gaan ontwikkelen. Daarbij is kenbaar gemaakt dat er waarschijnlijk een op loting gebaseerd systeem zou worden gekozen. Appellante is vervolgens bij brief [...] uitgenodigd om bij de loting [...] aanwezig te zijn. Verweerders

hebben in die brief gemeld dat de ontheffing voor de duur van één jaar wordt verleend en dat door middel van loting voor de komende vier jaar wordt vastgesteld in welke volgorde de betrokken aanvragers [...] op zondag open mogen zijn. Gelet op het voorgaande oordeelt het College dat appellante ten tijde van het primaire besluit bekend was [...] met de hoofdlijnen van het beleid van verweerders en dat niet kan worden staande gehouden dat er ten tijde van de primaire besluiten geen deugdelijk beleid was. [...] Indien, zoals in het onderhavige geval, sprake is van schaarste in te verlenen ontheffingen, is het hanteren van een loting als zodanig niet een rechtens ongeoorloofd middel om een rangorde in overigens vergelijkbare aanvragen aan te brengen."

Volgens deze overwegingen is het toegestaan dat het bestuur pas na binnenkomst van de aanvragen een beleid ontwikkelt voor de verdeling van de schaarse ontheffingen. Aldus kan uit het wettelijk zwijgen over het verdeelsysteem niet zonder meer (impliciet) worden afgeleid dat de verdeling zal plaatsvinden op volgorde van binnenkomst. Anders gezegd: overstappen van een impliciete 'keuze' voor verdeling op volgorde van binnenkomst naar een andere verdeelprocedure is niet in strijd met de 'zware eisen', die voor de verdeling van schaarse vergunningen gelden. Dat ligt, analoog aan de zaak *Albert Heijn* (punt 4.6), vermoedelijk anders als het bestuur expliciet heeft gekozen voor een verdeling op volgorde van binnenkomst en deze keuze ook bekend heeft gemaakt. Conform het oordeel van het CBB in die zaak lijkt mij ook dan de rechtszekerheid van degenen die tijdig een aanvraag hebben ingediend in de weg te staan aan het overstappen op een andere verdelingsprocedure. In de zaak oordeelt het College, in lijn met eerdere rechtspraak,<sup>64</sup> dat loting een rechtens geoorloofd middel is om een rangorde aan te brengen in overigens vergelijkbare aanvragen. Omdat verweerder heeft gekozen voor dit middel is het niet problematisch dat hij het verdelingsbeleid pas heeft ontwikkeld en bekendgemaakt nadat de aanvragen waren ingediend. Had verweerder gekozen voor een vergelijkende toets, dan was deze handelwijze mijns inziens niet mogelijk geweest, omdat aanvragers dan geen rekening hadden kunnen houden met de daarbij toegepaste criteria.

4.8 De zware eisen die onder meer om reden van rechtszekerheid gelden voor de besluitvorming over de verlening van schaarse publieke rechten, komt men ook tegen in een uitspraak

63 CBB 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0420 (zondagavondwinkel Heiloo).

64 Het College verwijst naar CBB 30 december 2009, ECLI:NL:CBB:NB5532.

van het CBB uit 2012 in de zaak *Wassenaar*.<sup>65</sup> In die zaak hadden b en w van Wassenaar de enige ontheffing voor zondagopenstelling die zij konden verlenen, voor onbepaalde tijd verleend aan E, omdat diens ontheffing eerder was ontvangen dan die van C. Het verzoek van C was daarom geweigerd. C stelt tegen deze besluiten beroep in bij het CBB. Het College stelt – conform de in punt 4.4 en 4.5 vermelde rechtspraak – dat de verlening op volgorde van binnenkomst in beginsel “aanvaardbaar is”. De zaak spitst zich vervolgens toe op de verlening van de ontheffing aan E voor onbepaalde tijd. Het College overweegt: Volgens vaste jurisprudentie van het College dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing zoals hier in geding onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen te worden gesteld. Naar het oordeel van het College betekent dit dat in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden – waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend – in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing. Door de ontheffing voor onbepaalde tijd aan E te verlenen hebben verweerders de belangen van C om in de toekomst mee te kunnen dingen naar de ontheffing miskend. De ontheffingverlening voor onbepaalde tijd sluit immers uit dat C in de toekomst alsnog een ontheffing kan krijgen. Voor zover bij het bestreden besluit de ontheffingverlening aan E voor onbepaalde tijd is gehandhaafd, hebben verweerders gehandeld in strijd met de in artikel 3:4 Awb neergelegde zorgvuldigheidsnorm. De desbetreffende beroepsgrond van C treft doel. Uit deze zaak blijkt in de eerste plaats dat schaarse ontheffingen niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend. Het College acht dat in strijd met het (materiële) zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb. In de tweede plaats stelt het CBB dat, ook in het onderhavige geval van verdeling van schaarse ontheffingen op volgorde van binnenkomst, aan andere gegadigden – “waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend” – in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om naar de ontheffingen mee te dingen. Voor zover daarover nog twijfel bestond, wordt aldus duidelijk dat volgens het College ook het systeem van verlening op volgorde van binnenkomst kwalificeert als een systeem waarin reële mededingingskansen bestaan. De gegadigden die zo'n kans moeten worden geboden, lijken te worden beperkt tot hen, waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing.

Of het hierbij gaat om een principiële beperking, betwijfel ik echter aangezien het College in hiervoor vermelde zaken in dit verband de veel ruimere categorie van (potentiële) gegadigden hanteert. Ook in de hierna te bespreken zaak hanteert het College een ruimere categorie.

4.9 Die zaak betreft de gemeente Castricum.<sup>66</sup> De zaak betreft wederom een schaarse ontheffing voor zondagopenstelling, die ditmaal via een systeem van loting wordt verdeeld. Het College stelt ook in deze zaak voorop dat volgens vaste rechtspraak aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld. Volgens het CBB is hieraan in dit geval niet voldaan. Het overweegt:

“Voor verdeling was in de andere kernen dan Limmen in de gemeente Castricum één ontheffing beschikbaar. Omdat er meer gegadigden waren, hebben verweerders besloten de methode van loting toe te passen. Deze methode acht het College, zoals al in eerdere jurisprudentie overwogen, op zichzelf aanvaardbaar. Alvorens tot loting over te gaan hebben verweerders een aantal supermarkten in de gelegenheid gesteld hun belangstelling kenbaar te maken. Zij hebben evenwel niet alle winkels en wellicht – op dit punt staan de standpunten van appellante en verweerders tegenover elkaar – ook niet alle supermarkten in de betrokken kernen aangeschreven. [...] Bovendien hebben verweerders de ontheffing verleend voor onbepaalde tijd. Hiermee hebben zij het belang van de andere gegadigden om in de toekomst te kunnen meedingen naar de ontheffing miskend. De ontheffingverlening voor onbepaalde tijd sluit immers uit dat andere gegadigden in de toekomst alsnog een ontheffing kunnen krijgen. [...] Op grond van een en ander is het College van oordeel dat de procedure die door verweerders is gevolgd bij de toedeling van de schaarse ontheffing onvoldoende zorgvuldig is geweest en dat verweerders zich te weinig rekenschap hebben gegeven van de bij de verlening van de ontheffing voor onbepaalde tijd betrokken belangen [...]. Aldus hebben verweerders bij het nemen van hun besluit de ontheffing te verlenen gehandeld in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 Awb.”

Ook in deze uitspraak maakt het CBB duidelijk dat een schaarse ontheffing niet voor onbepaalde tijd mag worden verleend. Bovendien kiest het College voor een ruime kring van winkels en supermarkten die door het bestuur in de gelegen-

65 CBB 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630 (*Wassenaar*).

66 CBB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540 (*Castricum*).



heid moeten worden gesteld om naar te verdelen ontheffing mee te dingen. De vernietiging wordt gebaseerd op de schending van zowel artikel 3:2 als 3:4 Awb.

4.10 Een volgende relevante uitspraak van het CBB betreft de zaak *Lanaut*.<sup>67</sup> In die zaak kon volgens de Culemborgse verordening één vergunning voor een automatenhal worden verleend en had het bestuur er in zijn beleidsregels voor gekozen om de vergunning door middel van een vergelijkende toets te verlenen. Nadat geen enkele aanvraag aan de criteria van deze toets voldeed, verleende de burgemeester, met afwijking van de beleidsregels, de vergunning aan Amutron. Lanaut stelt beroep in bij het CBB.

“Het College overweegt in dit verband voorts dat het verweerder niet vrijstond om gedurende de besluitvormingsfase over te gaan tot een wijziging van de Beleidsregels. Verweerder heeft de enige beschikbare vergunning verleend op basis van een vergelijking tussen de verschillende aanvragen, de zogenoemde vergelijkende toets. Vanuit een oogpunt van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid dienen bij het toepassen van een vergelijkende toets de criteria waaraan de aanvragen worden getoetst, tevoren te worden vastgelegd en kunnen deze criteria gedurende de besluitvormingsfase niet worden gewijzigd; hooguit verduidelijkt. Gezien de wijze waarop verweerder de criteria van de Beleidsregels heeft gehanteerd, kan van zulk een verduidelijking niet worden gesproken. Het vorenoverwogene brengt het College tot de slotsom dat verweerder zowel in primo als in bezwaar op ontoelaatbare wijze is afgeweken van de beleidsregels, en dusdoende heeft gehandeld in strijd met artikel 4:84 Awb.”

Uit de uitspraak blijkt dat als het bestuur kiest voor de verdeling van schaarse vergunningen op grond van een vergelijkende toets, de toe te passen criteria tevoren moeten worden vastgelegd en wijziging daarvan gedurende de besluitvorming niet meer mogelijk is. Op dit punt vertoont de uitspraak gelijkenis met die in de zaak *Albert Heijn* (punt 4.6). De criteria mogen overigens worden vastgelegd in een beleidsregel, maar afwijking daarvan op grond van artikel 4:84 Awb lijkt niet mogelijk, hoogstens ‘verduidelijking’. De uitspraak is bovendien interessant, omdat de hiervoor genoemde eis van vastlegging vooraf en het verbod van wijziging worden gebaseerd op de beginselentrijs ‘objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid’, een trijs die men ook aantreft in

de rechtspraak van het Hof van Justitie (zie punt 3.7).

4.11 Ten slotte vermeld ik één uitspraak van het College,<sup>68</sup> waarin het gaat om een door vaststelling van een subsidieplafond schaars gemaakte subsidie, omdat deze licht werpt op de eisen die het College stelt aan het vooraf kenbaar maken van de criteria die bij een vergelijkende toets zullen worden toegepast. Het ging in die zaak om een innovatiesubsidie. Het bestuur had de beoordelingscriteria in een regeling vastgelegd, maar ervoor gekozen om deze verder te ontwikkelen na ontvangst van de aanvragen. Aldus kon het rekening houden met nieuwe inzichten die uit de voorstellen naar voren kwamen en kreeg het bovendien zicht op onderdelen die juist niet meer als vernieuwend beschouwd konden worden omdat zij al in een groot aantal aanvragen waren opgenomen. Het College acht dit systeem niet in strijd met artikel 4:26 Awb, omdat de wel wettelijke vastgelegde criteria voldoende inzicht gaven in de wijze van verdeling. Ter compensatie overweegt het College wel, dat (...)

“[...] ter bevordering van een voldoende mate van transparantie wel eisen gesteld moeten worden aan de wijze waarop achteraf van de wegingen en waarderingen die hebben plaatsgevonden, verslag wordt gedaan en verantwoording wordt afgelegd.”

Omdat dit onvoldoende was gebeurd, wordt het bestreden besluit vernietigd wegens strijd met artikel 7:12 Awb. Uit deze uitspraak blijkt dat het bij deze vergelijkende toets wel mogelijk is dat de wettelijk vastgestelde verdelingscriteria na afloop van het aanvraagstijdvak nader worden ontwikkeld. Daarbij is het volgens mij van belang dat de zaak betrekking heeft op de verdeling van innovatiesubsidies en het dan inderdaad lastig kan zijn om ook nadere criteria al vooraf vast te stellen. Bovendien stelt het College ter compensatie hoge eisen aan de motivering van de besluiten. Deze eisen dienen ter bevordering van een voldoende mate van “transparantie”.

#### *De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*

4.12 Rechtspraak waarin de Afdeling op grond van uitsluitend ongeschreven Nederlands recht klip en klaar stelt dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten aan potentiële gegadigden reële mededingingsruimte moet worden geboden, bestaat eigenlijk niet. In de enige uitspraak, waarin de Afdeling een dergelijke rechtsplicht aanneemt – de zaak *Schindler* waarnaar de voorzitter in zijn conclusieverzoek verwijst – baseert zij deze plicht op het Unierecht. Daarnaast is er

67 CBB 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2467 (*Lanaut*). Deze zaak wordt ook wel *Amutron* genoemd.

68 CBB 21 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729.

de recente zaak *JVH*, waarin de Afdeling het bestaan van deze verplichting impliciet accepteert. Ten slotte is er veel rechtspraak van de Afdeling, waarin zij eisen stelt aan de verdeling van schaarse publieke rechten in de situatie dat het bestuur of de wet- of regelgever voor een vergelijkende toets heeft gekozen. Van die laatste rechtspraak bespreek ik twee uitspraken, omdat zij licht werpen op bijzondere eisen die in dat geval gelden. 4.13 De enige uitspraak waarin de Afdeling met zoveel woorden stelt dat het bestuur bij de verdeling van schaarse publieke rechten potentiële gegadigden reële mededingingsruimte moet bieden, is — als gezegd — de zaak *Schindler*.<sup>69</sup> De zaak betrof de afwijzing door de Minister van Justitie van een aanvraag om een vergunning voor het organiseren van een goede doelenloterij van het Duitse bedrijf Schindler. De afwijzing was gebaseerd op het kansspelbeleid dat de minister voerde en dat inhield dat aan drie loterijen (postcodeloterij, bankgiroloterij en de sponsorloterij) steeds voor een periode van vijf jaar een vergunning werd verleend en dat er geen ruimte was voor nieuwe loterijen. In hoger beroep bij de Afdeling stelt Schindler dat de afwijzing in strijd is met het Unierecht. In haar uitspraak oordeelt de Afdeling dat de afwijzing een beperking inhoudt van het vrij verkeer van diensten van (thans) artikel 56 VWEU. Beperkingen hiervan zijn op zich mogelijk, maar op grond van de rechtspraak van het Hof, waarnaar de Afdeling verwijst, alleen als deze:

“Voor zover de Minister er in zou slagen aannemelijk te maken dat er gegronde redenen zijn om niet meer dan de drie bestaande houders van (semi)permanente vergunningen op basis van artikel 3 van de Wks toe te laten, valt voorts niet in te zien dat die vergunningen, die telkens voor een periode van vijf jaar worden verleend, en die wat betreft de postcodeloterij, bankgiroloterij en de sponsorloterij aflopen op respectievelijk 31 december 2007, 30 april 2008 en 31 december 2010, telkens aan dezelfde vennootschappen als de huidige, worden verleend. Ter zitting heeft de Minister bevestigd dat thans bij de verlening van deze vergunningen, noch bij de elders in de wet geregelde vergunningen voor kansspelen, die met uitzondering van die voor de staatsloterij en casinospelen eveneens telkens voor een periode van vijf jaar worden verleend, enige vorm van aanbesteding plaatsvindt. Dit kan, in het licht van de in de jurisprudentie van het Hof gestelde eisen van geschiktheid en proportionaliteit, zoals verwoord in de arresten [...] en [...], niet worden gerechtvaardigd door

de verwijzing naar het belang van het houden van greep op de markt, nu dit belang voldoende wordt gediend door de vergunningverlening aan objectieve criteria te binden, waarbij elke potentiële aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen daarvan kan meedingen.”

De Afdeling concludeert “dat de Minister niet aannemelijk heeft gemaakt dat het door hem gevoerde kansspelbeleid een geschikt en proportioneel middel is om de uit de weigering van de gevraagde vergunning voortvloeiende beperking van het vrij verkeer van diensten te rechtvaardigen.” De beslissing is “in zoverre onvoldoende gemotiveerd”. Het is duidelijk dat potentiële aanbidders bij de verdeling van de aan de orde zijnde schaarse vergunningen op dezelfde voorwaarden moeten kunnen meedingen en dat deze verplichting gebaseerd is op het Unierecht. Hoe de ‘mededingingsprocedure’ er precies moet uitzien is minder duidelijk. De Afdeling spreekt weliswaar van “enige vorm van aanbesteding”, maar of zij daarmee de aanbestedingsprocedure in de zin van de in punt 3.2 genoemde richtlijnen bedoelt, is onzeker en lijkt mij onwaarschijnlijk.

“[...] hun rechtvaardiging vinden in dwingend redenen van algemeen belang; zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefte doel te waarborgen en zij mogen niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. Zij dienen in elk geval zonder discriminatie te worden toegepast.”

Vervolgens gaat de Afdeling na of het beleid van de Minister en de daarop gebaseerde afwijzing in het licht van deze eisen gerechtvaardigd is. Uiteindelijk overweegt zij als volgt. Artikel 3 van de Wks toe te laten, valt voorts niet in te zien dat die vergunningen, die telkens voor een periode van vijf jaar worden verleend, en die wat betreft de postcodeloterij, bankgiroloterij en de sponsorloterij aflopen op respectievelijk 31 december 2007, 30 april 2008 en 31 december 2010, telkens aan dezelfde vennootschappen als de huidige, worden verleend. Ter zitting heeft de Minister bevestigd dat thans bij de verlening van deze vergunningen, noch bij de elders in de wet geregelde vergunningen voor kansspelen, die met uitzondering van die voor de staatsloterij en casinospelen eveneens telkens voor een periode van vijf jaar worden verleend, enige vorm van aanbesteding plaatsvindt. Dit kan, in het licht van de in de jurisprudentie van het Hof gestelde eisen van geschiktheid en proportionaliteit, zoals verwoord in de arresten [...] en [...], niet worden gerechtvaardigd door de verwijzing naar het belang van het houden van greep op de markt, nu dit belang voldoende wordt gediend door de vergunningverlening aan objectieve criteria te binden, waarbij elke potenti-

69 ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Schindler*).

ele aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen daarvan kan meedingen.”

4.14 Een volgende uitspraak van de Afdeling die vermelding verdient, is de recente uitspraak in de zaak *JVH*.<sup>70</sup> Deze zaak betreft, zoals veel van de hiervoor vermelde uitspraken van het CBB, een vergunningstelsel voor de vestiging en exploitatie van een speelautomatenhal, geregeld in de Rotterdamse APV 2012, waarvoor een plafond van 12 vergunningen gold. In de APV was geen verdelingsmechanisme voor deze vergunningen opgenomen. De burgemeester van Rotterdam had – op basis van volgorde van binnenkomst – de twaalfde vergunning verleend aan Silver Plaza en had de aanvraag van JVH daarom afgewezen. JVH stelt uiteindelijk hoger beroep in bij de Afdeling, waarbij hij gronden aanvoert over de toepassing van het systeem van verlening op volgorde van binnenkomst en tegen de wijze waarop kenbaar is gemaakt dat er nog maar één vergunning kon worden verleend. Wat betreft het eerste punt stelt de Afdeling voorop dat de burgemeester onder de gelding van de APV 2008 “de bestendige gedragslijn” volgde dat verlening plaatsvond “op volgorde van binnenkomst” en dat de APV 2012 daarin geen wijziging heeft gebracht. Vervolgens overweegt zij:

“Voorts heeft de rechtbank de bestendige gedragslijn van de burgemeester terecht niet in strijd met het zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel bevonden. Zij is JVH terecht niet gevolgd in haar beroep op voormelde rechtspraak van het CBB [de zaak *Swiss Leisure Group*, zie punt 4.3 – RW]. Anders dan in de zaak waar die uitspraak op zag, waren in dit geval niet reeds alle speelautomatenhallenvergunningen verleend en werd geen ruimte gecreëerd voor het verlenen van een nieuwe speelautomatenhalvergunning, zonder andere ondernemers de gelegenheid te bieden naar de vrijgekomen plek mee te dingen. Verder is de rechtbank JVH terecht niet gevolgd in het betoog dat de burgemeester haar kenbaar had moeten maken dat nog één speelautomatenhalvergunning kon worden verleend. Met de inwerkingtreding van de APV 2012 is het maximum aantal van twaalf te verlenen speelautomatenhalvergunningen niet gewijzigd. JVH exploiteert reeds jaren twee speelautomatenhallen in Rotterdam en was derhalve bekend, althans had bekend kunnen en moeten zijn met het geldende maximum aantal vergunningen. In dat verband heeft de burgemeester aangetoond dat op de gemeentelijke website was vermeld dat nog één speelautomatenhalvergunning te verlenen

was. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de burgemeester niet verplicht was om daarnaast door publicatie in het Gemeenteblad, via een brief of op andere wijze kenbaar te maken dat nog één speelautomatenhalvergunning kon worden verleend. De gevolgen van het feit dat JVH geen aanvraag tot verlening van de laatst beschikbare speelautomatenhalvergunning heeft ingediend toen deze vergunning nog beschikbaar was, komen daarom voor haar rekening [...]”

De uitspraak vertoont gelijkenis met de – in punt 4.5 vermelde – uitspraak van het CBB in de zaak *EM-TÉ*. Evenals in die zaak acht de Afdeling een systeem van verlening van schaarse vergunningen op volgorde van binnenkomst toelaatbaar – want niet in strijd met het “zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel” – en onderscheidt zij de situatie in de zaak uitdrukkelijk van die in de zaak *Swiss Leisure Group*. Aldus lijkt ook de Afdeling van oordeel dat een systeem van verlening op volgorde van binnenkomst pas problematisch is in de situatie van die zaak, omdat in die situatie – zoals in punt 4.3 aangegeven – de nieuwe ruimte om een vergunning te verlenen ontstond toen Hommerson zijn vergunning voor een andere locatie introk en Hommerson daarom per definitie als eerste van de ontstane ruimte gebruik kon maken. Onder die omstandigheden is verlening op volgorde van binnenkomst van aanvragen niet zonder meer mogelijk, omdat dan “andere ondernemers” niet de gelegenheid hebben “naar de vrijgekomen plek mee te dingen”. Impliciet blijkt uit deze overweging, dat ook de Afdeling van mening is dat aan andere gegadigden bij de verdeling van een schaarse vergunning reële mededingingsruimte moet worden geboden. De uitspraak is bovendien interessant voor de eisen die worden gesteld aan het kenbaar maken van het feit dat nog maar één vergunning kon worden verleend. De Afdeling acht het in dit verband van belang dat de burgemeester heeft “aangetoond” dat hij dit punt heeft vermeld op de gemeentelijke website. In dat geval is het niet nodig dat dit punt daarnaast ook nog door publicatie in het Gemeenteblad, via een brief of op andere wijze kenbaar wordt gemaakt. Uit deze overweging kan worden afgeleid dat de beschikbaarheid van die ene vergunning in elk geval op enigerlei wijze moet zijn bekendgemaakt via een voor gegadigden toegankelijk medium. Dat dit gebeurd is, moet door het bestuur bovendien worden aangetoond, niet slechts ‘aannemelijk’ worden gemaakt.

4.15 Andere rechtspraak van de Afdeling betreffen situaties waarin het bestuur of de wet- of regelgever zelf heeft gekozen voor verdeling van de publieke rechten door middel van een verge-

70 ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:661 (*JVH*).

lijkende toets. Van deze rechtspraak bespreek ik twee uitspraken omdat daaruit eisen blijken die vermoedelijk voor de verlening van schaarse publieke rechten via een vergelijkende toets in algemene zin gelden. De eerste uitspraak betreft de zaak *Albert Cuyt*.<sup>71</sup> In die zaak ging het om een zogenoemde kraamzetvergunning, een vergunning voor het plaatsen en verhuren van kramen op de Albert Cuyt markt. Op grond van het beleid van het dagelijks bestuur van het stadsdeel Zuid 2005 gold hiervoor een maximum van vier, op grond van beleid 2008 een maximum van één. Volgens het beleid in beide jaren werd(en) de vergunning(en) verleend via een openbare inschrijving, waaraan iedere gegadigde kon deelnemen. Over de selectie werd het stadsdeel geadviseerd door een commissie, die daarbij de aanvragen moest vergelijken op basis van kwaliteit, prijs en eventuele 'extra's'. Het geschil bij het Afdeling spistte zich uiteindelijk toe op de vraag of de besluitvorming van het dagelijks bestuur, die erop neerkwam dat de onder het beleid 2005 ingediende aanvraag van appellant niet was gehonoreerd, in bezwaar ex tunc, op grond van het beleid 2005, moest worden beoordeeld (zoals het dagelijks bestuur had gedaan) of ex nunc, op grond van het beleid 2008 (zoals de rechtbank had bepaald). De Afdeling overwoog als volgt:

"Het dagelijks bestuur voert, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 29 oktober 2008 in zaak nr. 200805138/1 en de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 8 januari 2010 in zaak nr. 09/1035 [zaak *Albert Heijn*, zie punt 4.6], evenwel terecht aan dat in een geval als dit, waarbij de beoordeling van aanvragen om schaarse vergunningen via een zogenoemd tendersysteem verloopt, als uitgangspunt geldt dat het beleid dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, en een bestuursorgaan dat beleid niet hangende de besluitvormingsprocedure ten nadele van een of meer aanvragers kan wijzigen. Uit artikel 1, vijfde lid, van het beleid 2005 volgt dat de aanvragen konden worden ingediend tot en met 31 augustus 2005. De aanvraag van appellant 1 van 13 juli 2005 is op 20 juli 2005 door het dagelijks bestuur ontvangen en derhalve voor afloop van de inschrijvingstermijn. Voorts is tussen partijen niet in geschil dat het beleid 2005 voor appellant 1 gunstiger was dan het beleid 2008, aangezien het beleid 2005 vergunningverlening aan maximaal vier kramenzetters en -verhuurders toelaat en het beleid 2008 slechts aan één." De uitspraak maakt

duidelijk dat een bezwaar tegen de verdeling van schaarse vergunningen via een tendersysteem — in de terminologie van het CBB en deze conclusie, een vergelijkende toets (punt 2.6) — ex tunc moet worden beoordeeld. Tot welk tijdstip die beoordeling precies moet teruggaan is minder duidelijk, aangezien de Afdeling eerst stelt dat het beleid moet worden toegepast "dat gold op de laatste dag waarop aanvragen konden worden ingediend", maar in dezelfde zin ook van oordeel is dat het beleid "niet hangende de besluitvormingsprocedure ten nadele van een van de aanvragers kan worden gewijzigd".

Die laatste formulering sluit aan bij die van het CBB in de zaak *Albert Heijn* (zie punt 4.6), waarnaar de Afdeling expliciet verwijst, en in de zaak *Lanaut* (punt 4.10). Volgens het CBB is in het geval van een vergelijkende toets wijziging van het ter zake toe te passen beleid wellicht al niet meer mogelijk vanaf het moment dat het beleid aan gegadigden is gecommuniceerd, maar is dit hoe dan ook niet toegestaan vanaf het moment dat de eerste aanvraag is ingediend. Beide momenten liggen ruim voor de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend. Ten slotte merk ik op dat de Afdeling — anders dan het CBB — het voor de onderbouwing van haar oordeel niet nodig acht te verwijzen naar de 'zware eisen die op grond van onder meer het rechtszekerheidsbeginsel' aan de besluitvorming met betrekking tot schaarse vergunningen worden gesteld (*Albert Heijn*) of naar de eisen van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid (*Lanaut*).

4.16 Ten slotte kan melding worden gemaakt van de uitspraak van de Afdeling in de zaak *VSO*.<sup>72</sup> Deze zaak betrof de weigering door de staatssecretaris van Buitenlandse Zaken van de aanvraag van VSO voor een — als gevolg van de vaststelling van een subsidieplafond — schaarse subsidie. De verdeling van het plafond vond plaats aan de hand van de uitkomsten van een kwalitatieve beoordeling overeenkomstig de maatstaven van diverse beleidsregels. Zoals aangeven in punt 4.1, moet bij de bekendmaking van een subsidieplafond de wijze van verdeling worden vermeld en moet deze bekendmaking plaatsvinden voor aanvang van het aanvraagtijdvak (art. 4:26, eerste lid, juncto 4:27, eerste lid, Awb). In hoger beroep bij de Afdeling voert VSO aan dat de staatssecretaris in haar geval had moeten afwijken van de beleidsregels en dat niet alle verdelingsmaatstaven voor aanvang van het aanvraagtijdvak zijn bekendgemaakt. De Afdeling overweegt als volgt:

"Kenmerkend voor de verdeling van subsidie via een tendersysteem is dat alle aanvragen

71 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592 (*Albert Cuyt*).

72 ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429 (*VSO*).

op basis van gelijke criteria onderling worden vergeleken en beoordeeld. Voorop gesteld wordt dat bij een dergelijke procedure in beginsel geen ruimte bestaat om in individuele gevallen uitzonderingen toe te staan. Bij de toepassing van artikel 4:84 Awb moet het gaan om bijzondere, dat wil zeggen bij het vaststellen van de beleidsregels niet verdisconteerde omstandigheden. De door VSO gestelde bijzondere organisatiestructuur is niet een zodanige omstandigheid. [...] De beoordelingscriteria en -aspecten zijn opgenomen in de – vóór aanvang van het aanvraagstijdvak gepubliceerde – Beleidsregels en tevens in het Aanvraagstramien MFS II. Voorts is in het Aanvraagstramien MFS II ieder beoordelingsaspect van een toelichting voorzien. Daar komt bij dat, zoals door de staatssecretaris is gesteld, voorlichtingsbijeenkomsten zijn georganiseerd en potentiële subsidieaanvragers op die bijeenkomsten en per e-mail vragen mochten stellen. Alleen het beoordelingsstramien, met daarin opgenomen de eerdergenoemde indicatoren, heeft de staatssecretaris niet tevoren bekendgemaakt. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat een dergelijk systeem verenigbaar is met artikel 4:26 van de Awb, op voorwaarde dat de beoordelingscriteria helder zijn omschreven en de aanvrager voldoende duidelijk kunnen zijn. Er bestaat geen grond voor het oordeel dat in dit geval de toepasselijke beoordelingscriteria onvoldoende transparant zijn. Het betoog faalt.”

Deze uitspraak, waarin het gaat om een wettelijk voorgeschreven tendersysteem of vergelijkende toets, is om twee redenen van belang. In de eerste plaats stelt de Afdeling dat in een dergelijk systeem, waarbij alle aanvragen “op basis van gelijke criteria worden vergeleken en beoordeeld”, in beginsel geen ruimte bestaat voor uitzonderingen hierop in een individueel geval, zij het dat afwijking van die regel wellicht toch mogelijk is in het geval van bijzondere, in de beleidsregel niet verdisconteerde omstandigheden. In de tweede plaats maakt de Afdeling duidelijk dat een systeem, waarin de beoordelingscriteria en -aspecten wel in de vóór de aanvang van het aanvraagstijdvak gepubliceerde beleidsregels zijn opgenomen, maar het beoordelingsstramien (en de daarin opgenomen indicatoren) niet tevoren zijn bekendgemaakt, verenigbaar is met artikel 4:26 Awb, mits de beoordelingscriteria helder zijn omschreven en de aanvrager voldoende duidelijk kunnen zijn. Interessant is dat de Afdeling in dit verband het begrip ‘transparant’ bezigt. Wat betreft het laatste aspect vertoont de uitspraak nogal wat gelijkenis met de in punt 4.11 besproken uitspraak van het CBB, zij het dat de Afdeling

de lat wellicht iets hoger legt. Als dat het geval is, dan kan dat volgens mij worden verklaard doordat het in de CBB-uitspraak ging om een innovatiesubsidie en het dat geval niet onbegrijpelijk is dat de toe te passen criteria nog nader moeten worden ontwikkeld.

#### *De Hoge Raad*

4.17 Zoals eerder aangegeven (punt 3.7) zijn de Unierechtelijke eisen voor de verdeling van schaarse vergunningen door het Hof ontleend aan zijn rechtspraak over het gereuleerde aanbestedingsrecht. In aanbestedingskwesities is in Nederland doorgaans de civiele rechter bevoegd. In zijn rechtspraak heeft de Hoge Raad – onder verwijzing naar de zaak *Succhi di Frutta*<sup>73</sup> – zich diverse malen principieel uitgelaten over de eisen en beginselen die bij aanbestedingen in acht moeten worden genomen, onder meer in een arrest uit 2014.<sup>74</sup>

“Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie [...] volgt dat de aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling moet respecteren. Dit beginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden. De aanbestedende dienst dient voorts het transparantiebeginsel in acht te nemen [...]. Dit beginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn.”

Uit deze overweging blijkt dat de Hoge Raad op het terrein van het publieke aanbestedingsrecht – in lijn met de rechtspraak van het Hof – twee

<sup>73</sup> Zaak C-496/99P (*Succhi di Frutta*), ECLI:EU:C:2004:236.

<sup>74</sup> HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078. Zie reeds eerder bijv. HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806, en HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW921.



beginselen erkent, het gelijkheidsbeginsel, dat onder meer beoogt daadwerkelijke mededinging te bevorderen, en het transparantiebeginsel, op grond waarvan onder meer vooraf duidelijkheid moet bestaan over de eisen waaraan een inschrijving dient te voldoen, alsmede over de selectie- en gunningscriteria. Transparantie wordt binnen deze context door de Hoge Raad aangeduid als 'beginsel'. Interessant is dat beide beginselen volgens de rechtspraak van de Hoge Raad, op grond van de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, ook kunnen gelden bij 'private' aanbestedingen en wel in het geval de verdelende instelling of onderneming vrijwillig heeft gekozen om een opdracht via een aanbestedingsprocedure te gunnen. Men ziet dit in de eerste plaats in de zaak *RZG/ComforMed*.<sup>75</sup> De zaak betrof een aanbesteding door het ziekenfonds RZG, waarvoor de EU-aanbestedingsregels niet golden, omdat zij onder de drempelwaarde viel. In de zaak achtte de Hoge Raad de beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing omdat het ziekenfonds geen bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onder b, Awb is. ComforMed had zich echter ook beroepen op de beginselen van aanbestedingsrecht, meer in het bijzonder de beginselen van gelijkheid tussen inschrijvers en transparantie. Daarover oordeelt de Hoge Raad als volgt:

"De omstandigheid dat RZG, hoewel de Richtlijn haar daartoe (...) niet verplichtte, toch heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure, bracht mee dat zij gehouden was zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding als onderhavige betekent dat zij gehouden was de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen. Het oordeel van het hof dat het gelijkheidsbeginsel in dit geval voor RZG gold, is dan ook juist."

Dezelfde lijn ziet men in de zaak *KLM*,<sup>76</sup> waarin de Hoge Raad overweegt:

"Het hof heeft [...] terecht tot uitgangspunt genomen dat de door KLM gehanteerde procedure een private aanbesteding is, waarop de Europese en Nederlandse regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen niet van toepassing is. Het heeft voorts zijn oordeel dat KLM gehouden was de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht te nemen, gegrond op de door haar gekozen aanbestedingsprocedure en de verwachtingen die de toegelaten inschrijvers [...] daaraan redelijkerwijs mochten ontleen. Daarmee heeft

het hof als uitgangspunt aanvaard dat KLM in het onderhavige geval aan die beginselen is gebonden, en niet dat dit bij private aanbestedingen steeds het geval is. Voor zover de klachten berusten op een andere lezing van de bestreden rechtsoverweging, falen zij."

Uit het vervolg van het arrest blijkt dat de toepasselijkheid van de genoemde beginselen bij een private aanbesteding "afhankelijk is van de aanbestedingsvoorwaarden en verwachtingen die de (potentiële) aanbieders op basis daarvan redelijkerwijs mochten hebben" en dat "uit de contractsvrijheid" voortvloeit, dat de toepasselijkheid ervan in de aanbestedingsvoorwaarden kan worden "uitgesloten". Uit beide zaken wordt duidelijk dat de Hoge Raad er geen probleem mee heeft om bij private aanbestedingen op grond van uitsluitend nationaal recht, namelijk de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, de beginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing te achten en evenmin ervoor terugschrikt om, ook in deze context, transparantie aan te duiden als een 'beginsel'. Overigens geldt wel dat private aanbesteders op grond van het beginsel van contractsvrijheid de toepasselijkheid van deze beginselen kunnen uitsluiten. Kort en goed, in de rechtspraak van de Hoge Raad worden de beginselen van gelijkheid en transparantie contextueel erkend binnen het gereguleerde aanbestedingsrecht en, op grond van in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, bij private aanbestedingen buiten de reikwijdte van het gereguleerde aanbestedingsrecht.

#### Bevindingen

4.18 Samengevat beantwoordt de Nederlandse rechtspraak de vragen van de voorzitter als volgt. In de eerste plaats bestaat er bij de verdeling van schaarse vergunningen inderdaad een verplichting om potentiële gegadigden reële mededingingsruimte te bieden. Dit blijkt klip en klaar uit de zaak *Swiss Leisure Group* van het CBB en kan voor de Afdeling worden afgeleid uit de zaak *JVH*. Bovendien baseert de Afdeling deze verplichting op het Unierecht (*Schindler*). Als uitzondering op deze verplichting wordt in de rechtspraak genoemd de situatie dat bij voorbaat vaststaat dat maar één aanvraag aan de vergunningsvoorwaarden kan voldoen (*Swiss Leisure Group*). De verplichting om mededingingsruimte te creëren staat in beginsel niet eraan in de weg dat schaarse publieke rechten worden verdeeld op volgorde van binnenkomst (*Pierik & Meson, EM-TÉ*). Dit ligt alleen anders in de specifieke situatie van de zaak *Swiss Leisure Group*, omdat in die zaak *Hommerson* als gevolg van het feit dat de ruimte voor een nieuwe vergunning ontstond na-

<sup>75</sup> HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.

<sup>76</sup> HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

dat hij een andere vergunning had ingetrokken, per definitie de eerste was die een aanvraag kon indienen. Of in zo'n geval verlening op volgorde van binnenkomst principieel is uitgesloten, staat overigens niet vast. Toepassing van dit systeem lijkt mij wel mogelijk, als het bestuur het begin van de aanvraagperiode op een later (algemeen bekendgemaakt) tijdstip laat ingaan dan het moment van intrekking. In dat geval hebben andere gegadigden wel een reële mogelijkheid om naar de vergunning mee te dingen. De keuze voor een bepaald verdeelsysteem moet op een of andere manier voor gegadigden duidelijk zijn. Bij een vergelijkende toets zullen de regels hiervoor moeten worden vastgesteld in wettelijke of beleidsregels. Het ligt voor de hand dat deze regels moeten worden vastgesteld, voordat het aanvraagtijdvak aanvangt. Deze regels kunnen gedurende de besluitvorming niet meer worden gewijzigd (*Albert Heijn, Lanaut, Albert Cuyp*), ook al laat de Afdeling op dit punt wel enige onduidelijkheid (*Albert Cuyp*). Voor zover verdelingsregels zijn vastgesteld bij beleidsregel is de mogelijkheid om hiervan in een individueel geval af te wijken afwezig (*Lanaut*) of in elk geval heel beperkt (*VSO*). Bovendien mag het bestuur gedurende de rit niet overstappen van een bekendgemaakte vergelijkende toets naar verdeling op volgorde van binnenkomst (*Albert Heijn*). De verdelingscriteria moeten helder zijn omschreven en voor de aanvrager voldoende duidelijk zijn (*VSO, Lanaut*). Is dat het geval, dan is een nadere invulling op een later moment wel mogelijk (*VSO*). Onder omstandigheden, meer in het bijzonder bij de verdeling van schaarse innovatiesubsidies, kan nadere ontwikkeling van de criteria toelaatbaar zijn, mits de toepassing ervan in de individuele zaken serieus wordt verantwoord (CBB 2011, punt 4.11). De keuze voor verdeling op volgorde van binnenkomst kan ook impliciet blijken uit de omstandigheid dat ter zake van de verdeling geen nadere regels zijn vastgesteld (*EM-TÉ*), uit de toepasselijkheid op de besluitvorming van de uitgebreide uniforme voorbereidingsprocedure (*Pierik & Meson*) of uit een bestendige praktijk (*JVH*). Overigens acht het CBB het mogelijk dat het bestuur pas nadat een of meer aanvragen zijn binnengekomen zich nader beraadt over het verdeelsysteem en kiest voor een vergelijkende toets (*EM-TÉ*) of loting (*Heiloo*). Uit het zwijgen van de wettelijke voorschriften over het verdeelsysteem kan dus niet zonder meer worden afgeleid dat er (impliciet) gekozen is voor verdeling op volgorde van binnenkomst. Heeft het bestuur expliciet gekozen voor verdeling op volgorde van binnenkomst en deze keuze bekendgemaakt dan lijkt — analoog aan de zaak *Albert Heijn* — een 'switch' naar een ander verdeelsysteem niet meer mogelijk. In het

geval van verdeling op volgorde van binnenkomst moet het feit dat een vergunning beschikbaar is of komt voor potentiële gegadigden op enigerlei wijze kenbaar zijn (*Pierik & Meson, JVH*). Daartoe is volgens de Afdeling vermelding van deze beschikbaarheid op de gemeentelijke website voldoende en hoeft het (decentrale) bestuur dit feit niet in het Gemeenteblad, via een brief of op andere wijze kenbaar te maken (*JVH*). Verder geldt dat schaarse vergunningen volgens het CBB niet voor onbepaalde tijd kunnen worden verleend (*Wassenaar, Castricum*). Ook de Afdeling stelt die eis, maar baseert haar op het Unierecht (*Schindler*).

4.19 Wat betreft de rechtsgrondslag van de verplichting om bij de verlening van schaarse vergunningen mededingingsruimte te bieden en de daarbij geldende eisen, kiezen de bestuursrechters over het algemeen voor in het Nederlands recht al erkende beginselen van behoorlijk bestuur. De rechtsgrondslag van de genoemde verplichting is volgens het CBB het formele zorgvuldigheidsbeginsel (*Swiss Leisure Group*). De zware eisen die het College stelt aan de verdeling van schaarse vergunningen worden in algemene zin onder meer gebaseerd op het beginsel van rechtszekerheid. Rechtszekerheid is ook de specifieke grondslag van de zware eis dat hangende de procedure niet kan worden overgestapt van een algemeen bekendgemaakte vergelijkende toets naar verdeling op volgorde van binnenkomst (*Albert Heijn*). Als basis voor de eis dat de verdelingscriteria van een vergelijkende toets gedurende de besluitvormingsfase niet kunnen worden gewijzigd, worden behalve rechtszekerheid soms ook objectiviteit en transparantie genoemd (*Lanaut*). De eis van transparantie wordt ook ten grondslag gelegd aan de verdelingscriteria zelf (*VSO*) en aan de motivering van de toepassing ervan (CBB 2011, punt 4.11). De zware eis dat schaarse vergunningen niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend, wordt gebaseerd op het materiële zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb (*Wassenaar*). De Hoge Raad erkent de beginselen van gelijkheid en transparantie contextueel binnen het gereguleerde aanbestedingsrecht en, op grond van in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, ook bij private aanbestedingen buiten het gereguleerde aanbestedingsrecht (punt 4.17).

## 5. Literatuur

5.1 In dit onderdeel worden de opvattingen in de wetenschappelijke literatuur in kaart gebracht over de vragen die in de conclusie centraal staan. Dat betreft de kernvraag of er naar Nederlands recht een ongeschreven rechtsnorm bestaat op grond waarvan bij de verdeling van schaarse

publieke rechten aan potentiële gegadigden reële mededingingsruimte moet worden geboden, en de vervolgvragen naar de op basis van die plicht geldende specifieke informatie-eisen, de mogelijke uitzonderingen op die plicht en de rechtsgrondslag ervan. Hierna start ik met Van Ommeren en Wolswinkel, omdat zij, anders dan de andere te bespreken auteurs, de problematiek van deze conclusie niet primair benaderen vanuit het Unierecht, en het daarin bestaande transparantiebeginsel of de transparantieverplichting. Vervolgens bespreek ik de opvattingen van Prechal, Buijze en Drahmman, die dat wel doen. Aan het slot besteed ik enige aandacht aan de algemene bestuursrechtelijke handboeken. Niet elke auteur besteedt overigens aandacht aan alle vragen.

5.2 Van Ommeren heeft in 2004 de verdeling van schaarse publieke rechten als onderwerp van het algemeen deel van het bestuursrecht op de wetenschappelijke agenda gezet en heeft zich toen al uitgelaten over de daarbij toe te passen systemen, criteria en beginselen.<sup>77</sup> Zijn opvattingen over de vragen die in deze conclusie centraal staan, verwoordt hij heel inzichtelijk in een bijdrage uit 2011.<sup>78</sup> In die bijdrage komt hij, na analyse van deels dezelfde rechtspraak van het CBB en de Afdeling als hiervoor is besproken,<sup>79</sup> tot de volgende opvattingen. In de eerste plaats stelt hij op basis van die analyse vast dat er inderdaad een rechtsnorm is “die voorschrijft dat bij de verdeling van (bepaalde) schaarse publieke rechten een vorm van mededinging moet worden gehanteerd”.<sup>80</sup> Die norm geldt “in beginsel voor alle schaarse publieke rechten, tenzij er een gegronde reden is om hierop een uitzondering te maken” en heeft dus “een grote reikwijdte”.<sup>81</sup> Omdat, zoals ik hierna nog aangeef, de rechtsnorm is gebaseerd op ongeschreven nationaal recht, kan de wetgever voor de toepassing ervan “een stokje” steken.<sup>82</sup> Bovendien zijn uitzonderingen op de rechtsnorm denkbaar, bijvoorbeeld “in het geval de feitelijke constellatie zo in elkaar steekt dat het is uitgesloten dat er meer dan één gegadigde kan zijn die aan de wettelijke eisen voldoet”. De bedoelde rechtsnorm is, volgens van Ommeren, “tamelijk zwak van aard”, omdat het karakter van de voorgeschreven mededinging “tamelijk licht” is: “enige ruimte voor mededinging is voldoende”.<sup>83</sup> De meest concrete eis voor de vergunningverle-

ner is (...) “(...) dat hij potentiële gegadigden op de hoogte stelt van de beschikbaarheid van het schaarse publieke recht (*Swiss Leisure Group*) en de te volgen procedure (*Pierik & Meson*). Het ligt in de rede dat deze informatie tijdig en op adequate wijze moet worden verstrekt. Het is in beginsel niet (meer) toelaatbaar telkens aan dezelfde vergunninghouder de vergunningen te verlenen louter en alleen omdat dat de zittende partijen zijn (*Schindler*).” Is de mate waarin mededinging wordt voorgeschreven gering, de eisen die aan de besluitvormingsprocedure voor de verdeling van schaarse publieke rechten zijn – volgens Van Ommeren – juist streng.<sup>84</sup> Daarbij wijst hij onder meer op het ‘verbod’ om tijdens de procedure over te stappen van verdeling door middel van een vergelijkende toets naar een verdeling op volgorde van binnenkomst (*Albert Heijn*), het inbeginselverbod om hangende de besluitvorming de criteria voor de verdeling te wijzigen (*Albert Heijn, Lanaut*) en de heel beperkte mogelijkheid (of wellicht onmogelijkheid) om van de in een beleidsregel vastgelegde criteria af te wijken (*Lanaut*). Wat betreft de rechtsgrondslag voor de mededingingsrechtsnorm wijst van Ommeren op de variëteit aan erkende nationale rechtsbeginselen waarop de Nederlandse bestuursrechtters zich beroepen, en vindt hij het opmerkelijk dat het gelijkheidsbeginsel door hen vrijwel niet wordt genoemd.<sup>85</sup> Dit, terwijl juist het gelijkheidsbeginsel “het grondbeginsel is dat bij alle verdelingsprocedures in acht genomen dient te worden” en het oogmerk van de (lichte) mededingingseis is het geven van “een gelijke kans op het schaarse publieke recht” aan potentiële gegadigden. Bovendien wordt de eis van transparantie met het oog op het gelijkheidsbeginsel gesteld: als “potentiële gegadigden niet gelijkelijk worden geïnformeerd over de beschikbaarheid van het recht, zal mededinging immers niet goed van de grond kunnen komen”. Dat de Nederlandse bestuursrechter transparantie niet zonder meer erkent als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, verwondert Van Ommeren niet. Het is voor de bestuursrechter immers (...),<sup>86</sup> “(...) een grote stap om in een concreet geval een nieuw algemeen rechtsbeginsel te aanvaarden. Voor de ontwikkeling van algemene beginselen van behoorlijk bestuur is de weg der geleidelijkheid bepalend. Zoiets gaat casus- of stapsgewijs en wordt in een incrementeel proces gerealiseerd.” Hoe dan ook moet volgens Van Ommeren eerst precies in kaart worden gebracht wat het transparantie-

77 Van Ommeren 2004.

78 Van Ommeren 2011.

79 Dit is geen toeval, omdat ik mijn selectie van besproken nationale uitspraken in belangrijke mate mede op zijn bijdrage heb gebaseerd. Overigens komt men dezelfde selectie tegen bij andere auteurs.

80 Van Ommeren 2011, p. 255.

81 Van Ommeren 2011, p. 257-258.

82 Zie voor dit en het volgende citaat, Van Ommeren, p. 258.

83 Van Ommeren 2011, p. 258-259.

84 Van Ommeren 2011, p. 262-263.

85 Zie voor deze opvatting en de hierna volgende citaten, Van Ommeren 2011, 255-256. Zie reeds Van Ommeren 2004, p. 45.

86 Van Ommeren 2011 p. 257.

beginsel “toevoegt aan de bestaande beginselen van behoorlijk bestuur en in hoeverre het meer is dan een middel om andere beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel te realiseren”.<sup>87</sup> Al met al acht Van Ommeren het goed te begrijpen “dat de rechter bij de vestiging van de plicht tot het creëren van mededingingsruimte “aansluiting zoekt bij de wel in ons recht erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur”, zoals het formele zorgvuldigheidsbeginsel (waarvan transparantie volgens hem een deelaspect is) en het formele rechtszekerheidsbeginsel.”<sup>88</sup>

5.3 Wolswinkel gaat in diverse publicaties op zoek naar de algemene regels voor verdelingsrecht van schaarse publiekrechtelijke rechten. Deze regels duidt hij aan als “zware eisen”, omdat zij verder gaan dan de regels die gelden voor de verdeling van niet-schaarse rechten. In zijn dissertatie combineert hij daartoe een ‘top down’-benadering, waarbij deze regels worden afgeleid uit de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, met een ‘bottom up’-benadering, waarbij hij nagaat of de bestaande verdelingsregels in de bijzondere wetgeving zich lenen om gegeneraliseerd te worden tot algemene regels van verdelingsrecht.<sup>89</sup> Voor de schakel tussen beide benaderingen maakt hij gebruik van de resultaten uit de economische verdelingstheorie. Bij het afleiden van de verdelingsregels uit de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid maakt hij gebruik van de rechtspraak van het Hof en de nationale bestuursrechter. Binnen rechtszekerheid onderscheidt Wolswinkel de aspecten objectiviteit, voorafgaande kenbaarheid, legaliteit en specialiteit, binnen gelijkheid de aspecten gelijke behandeling, legitimiteit, geschiktheid en noodzakelijkheid.<sup>90</sup> Deze exercitie leidt tot diverse algemene regels of eisen van verdelingsrecht, waarvan ik hierna alleen die vermeld die voor deze conclusie van belang zijn. a. Oproep tot mededinging: in de eerste plaats moet het verdelend bestuursorgaan zorgen voor een “voorafgaande bekendmaking van een verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten”.<sup>91</sup> Deze mededeling of oproep moet “passend zijn om elke potentiële aanvrager, dus elke partij die in het verwerken van een schaars goed geïnteresseerd kan zijn, gelijktijdig op de hoogte te stellen van deze aanstaande verdeling”, zodat deze “daadwerkelijk de mogelijkheid wordt geboden om mee te dingen”.<sup>92</sup> Wolswinkel baseert deze eis op het gelijkheidsbeginsel en niet op de transparantie-

verplichting, omdat hij die verplichting (slechts) beschouwt als een rechtstreeks gevolg van het beginsel van gelijke behandeling.<sup>93</sup> Op de oproep tot mededinging is volgens hem slechts een beperkt aantal uitzonderingen mogelijk, vooral bij dwingende spoed en als het recht slechts aan één partij kan worden verleend (uniciteit).<sup>94</sup> Volgens Wolswinkel zal de uitzonderingsgrond van dwingende spoed zich bij verdeling van schaarse vergunningen overigens minder snel voordoen dan bij de gunning van een overheidsopdracht, omdat bij die laatste de overheid een belang heeft dat de dienst verricht, terwijl het bij een vergunning gaat om een activiteit die anders verboden zou zijn.<sup>95</sup> Bij zo’n kennelijk in beginsel niet gewenste activiteit lijkt er over het algemeen geen reden om het belang van dwingende spoed te laten prevaleren boven het bieden van mededingingsruimte. b. Bekendmaking aanvraagtijdvak: de verplichting tot bekendmaking omvat – op grond van het rechtszekerheidsbeginsel – mede de bekendmaking van het aanvraagtijdvak.<sup>96</sup> Voor de verdeling op volgorde van binnenkomst is daarbij de opening van het aanvraagtijdvak van belang, voor andere verdelingsprocedures met name de uiterste termijn van indiening. Overigens acht Wolswinkel het niet uitgesloten dat, als in het aanvraagtijdvak nog geen aanvragen zijn ingediend, alsnog (een element van) het verdelingsonderwerp wordt vastgesteld en bekendgemaakt. c. Bekendmaking inhoudelijke elementen: op grond van rechtszekerheid moeten alle relevante inhoudelijke elementen van het toepasselijke verdelingsrecht zo veel en zo duidelijk mogelijk worden bekendgemaakt voor de aanvang van de (mogelijke) indiening van aanvragen.<sup>97</sup> Deze elementen betreffen onder meer de omvang van het plafond, de verdelingsprocedure en de toe te passen criteria. Bij de keuze van een bepaalde verdelingsprocedure bestaat overigens grote vrijheid. Verdeling op volgorde van binnenkomst is, zolang de wettelijke voorschriften zich hiertegen niet verzetten, ook mogelijk. Wel moet deze keuze volgens Wolswinkel expliciet bekend worden gemaakt en is het daarom niet gelukkig dat in Nederlandse rechtspraak wordt geaccepteerd dat de aanvrager in het geval geen specifieke verdelingsprocedure is voorgeschreven moet aannemen dat de verlening van een schaarse vergunning op volgorde van binnen-

87 Van Ommeren 2011, p. 257.

88 Van Ommeren 2011, p. 257.

89 Wolswinkel 2013a; Wolswinkel 2013b; Wolswinkel 2014.

90 Wolswinkel 2013a, p. 103-137.

91 Wolswinkel 2013a, p. 341.

92 Wolswinkel 2013a, p. 769-770.

93 Wolswinkel 2013a, p. 334. Wolswinkel spreekt principieel van transparantieverplichting en vermijdt de term transparatiebeginsel.

94 Wolswinkel 2013a, p. 344-349; Wolswinkel 2013b, p. 72.

95 Wolswinkel 2013a, p. 345.

96 Wolswinkel 2013a, p. 350, p. 764.

97 Wolswinkel 2013a, p. 764.

komst plaatsvindt.<sup>98</sup> In dit verband wijst hij erop dat in die rechtspraak ook de zo geheten ‘verdeling op afroep’ is aanvaard,<sup>99</sup> waarbij na ontvangst van de eerste aanvraag andere gegadigden worden uitgenodigd om een concurrerende aanvraag in te dienen waarna tussen deze aanvragen een andere verdelingsprocedure dan verdeling op binnenkomst wordt toegepast. Kennelijk kan uit het zwijgen van de wetgever dus niet altijd worden afgeleid dat de verdeling op volgorde van binnenkomst plaatsvindt. d. Geen tussentijdse wijziging: het rechtszekerheidsbeginsel ligt ook ten grondslag aan de eis dat de elementen van de verdeling (procedure) tussentijds niet kunnen worden gewijzigd, tenzij het verdelingsontwerp in deze mogelijkheid voorziet.<sup>100</sup> Daarom mag een bestuursorgaan als het heeft gekozen voor een bepaalde verdelingsprocedure en deze keuze ook bekend heeft gemaakt, deze procedure niet meer gedurende de besluitvormingsprocedure wijzigen. De eis impliceert ook dat een aanvraag na afloop van de aanvraagtermijn niet meer kan worden gewijzigd. Het ‘verbod’ van tussentijdse wijziging betekent volgens Wolswinkel overigens niet dat elementen van de verdeling (procedure) niet kunnen worden vastgesteld bij beleidsregel, ook al geldt daarbij op grond van artikel 4:84 Awb een (inherente) afwijkmogelijkheid.<sup>101</sup> Volgens hem voegt deze afwijkingsbevoegdheid “zich naar het schaarse karakter van het recht” en zullen de belangen van concurrerende aanvragers doorgaans in de weg staan aan toepassing van die bevoegdheid. e. Geen schaarse vergunning voor onbepaalde tijd: de duur van schaarse vergunningen mag niet langer zijn dan noodzakelijk om de betreffende activiteit daadwerkelijk en rendabel te kunnen verrichten.<sup>102</sup> Deze eis vloeit voort uit het in het gelijkheidsbeginsel geïmpliceerde vereiste van noodzakelijkheid. De verlening van een schaarse vergunning voor onbepaalde tijd is volgens Wolswinkel in strijd met dat vereiste.

5.4 In diverse publicaties vanaf 2007 benadert Prechal, alleen of samen met anderen, de problematiek van deze conclusie vanuit het zich langzaam maar zeker ontwikkelende Unierechtelijke transparantiebeginsel.<sup>103</sup> Zij constateert dat in de rechtspraak van het Hof — die deels hiervoor

is besproken in paragraaf 3 — het “transparantiebeginsel als algemeen rechtsbeginsel” wordt erkend, waaraan het handelen van overheidsorganen moet voldoen en kan worden getoetst. Wel vertoont het beginsel in die zin “meelifgedrag”, dat het beginsel vaak wordt gekoppeld aan een ander, reeds bestaand, algemeen rechtsbeginsel en de inkleuring ervan mede door die koppeling wordt bepaald.<sup>104</sup> Daarom bespreekt zij de diverse verschijningsvormen van transparantie in relatie tot die andere beginselen. Het eerste beginsel is het ‘beginsel van behoorlijk bestuur’,<sup>105</sup> zoals dat voor de EU-instellingen is gecodificeerd in artikel 41 Handvest. De daarvan af te leiden subbeginselen knopen ten dele aan bij het beginsel van respect voor de rechten van verdediging, meer in het bijzonder bij het daaronder vallende recht van ‘inzage in de stukken’, maar vereisen bovendien dat het besluitvormingsproces doorzichtig moet zijn en binnen redelijke duur moet plaatsvinden, en dat de bekendmaking ervan aan een bepaalde mate van openbaarheid moet voldoen. Het tweede door Prechal besproken rechtsbeginsel is het beginsel van rechtszekerheid.<sup>106</sup> In dat kader stelt transparantie eisen aan de duidelijkheid, nauwkeurigheid en kenbaarheid van EU-regelingen en nationale regelingen ter uitvoering van het Unierecht, opdat burgers hun rechten en verplichtingen ondubbelzinnig kunnen kennen. Deze ‘rechtszekerheidstransparantie’ ligt bijvoorbeeld aan de basis van de inkadering en structurering van het gebruik van discretionaire bevoegdheden van de Commissie in het staatssteun- en mededingingsrecht.<sup>107</sup> De daartoe gestelde regels en richtsnoeren dienen — aldus het Hof — om de doorzichtigheid, voorspelbaarheid, rechtszekerheid en objectiviteit van het optreden van de Commissie te bevorderen en willekeur te voorkomen.<sup>108</sup> Overigens stelt Prechal vast dat de schending van die regels en richtsnoeren vooralsnog een schending van een ander rechtsbeginsel (gelijkheid, vertrouwen) oplevert en transparantie dus hooguit een element van dat andere beginsel lijkt.<sup>109</sup> Als derde bespreekt Prechal het transparantiebeginsel in relatie tot het beginsel van gelijke behandeling. In dat kader is het beginsel afkomstig uit het aanbestedingsrecht, maar is de reikwijdte ervan — zoals ook is geconstateerd in paragraaf 3 van deze conclusie — verruimd doordat eerbiediging van het beginsel volgens

98 Wolswinkel 2013b, p. 72-73; Wolswinkel 2013a, p. 395, 766.

99 In de zaak *Heiloo* (punt 4.7).

100 Wolswinkel 2013a, p. 766; Wolswinkel 2014, p. 60.

101 Wolswinkel 2014, p. 62.

102 Wolswinkel 2013a, p.(.) 774; Wolswinkel 2013b, p. 76-79.

103 Ik maak hierna vooral gebruik van de Prechal 2008, omdat daarin haar opvattingen uit eerdere publicaties (samen met anderen) zijn geïntegreerd. Zie voor die andere publicaties, S. Prechal & M. de Leeuw, ‘Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal Principle?’, Review of European Administrative Law 2007, p. 51-62; Widdershoven, Prechal, Verhoeven e.a. 2007, p. 85-91. Wat betreft paginanummers verwijst ik naar de elektronische versie van Prechal 2008.

104 Prechal 2008, p. 2.

105 Prechal 2008, p. 2-3.

106 Prechal 2008, p. 3-6.

107 Prechal 2008, p. 5.

108 Zie bijvoorbeeld zaak C-310/99 (*Italië/Commissie*),

ECLI:EU:C:2002:143, en zaak C-177/04 (*Commissie/Frankrijk*),

ECLI:EU:C:2006:173.

109 Prechal 2008, p. 5-6.



het Hof een voorwaarde is voor de beperking van de verkeersvrijheden van (thans) artikel 49 en 56 VWEU, een verruiming die – volgens Prechal – geëxtrapoleerd lijkt te kunnen worden naar alle situaties waarin gelijke behandeling in geding is en naar alle verkeersvrijheden.<sup>110</sup> In verband met het beginsel van gelijke behandeling zijn de transparantievereisten van belang om daadwerkelijk gelijke kansen tussen potentiële gegadigden te scheppen en om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen controleren en waarborgen. Het beginsel impliceert onder meer de eis dat betrokkenen duidelijk inzicht kunnen hebben in de gunnings- en selectiecriteria, bepaalde eisen aan de bekendmaking en formulering (duidelijk, precies, ondubbelzinnig) hiervan, en de eis dat deze criteria gedurende de procedure op dezelfde wijze worden uitgelegd en niet kunnen worden gewijzigd. Volgens Prechal lijkt het transparantiebeginsel – ook al is de rechtspraak van het Hof op dit punt nog niet eenduidig – een “eigen, specifieke betekenis [...] te hebben, die verder gaat dan het gelijkheidsbeginsel”.<sup>111</sup> In de eerste plaats omdat het zelfstandige eisen stelt met betrekking tot de helderheid en duidelijkheid van het bestek. In de tweede plaats, omdat “transparantie aan het gelijkheidsbeginsel vooraf gaat – zonder transparantie is de controle op de naleving van dit beginsel niet mogelijk”. In de derde plaats, omdat het transparantiebeginsel een ruimere doelstelling dient, namelijk “het waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgesloten”.<sup>112</sup> Op basis van het voorgaande concludeert Prechal dat transparantie als algemeen rechtsbeginsel een ruim bereik heeft, maar nog niet is uitgekristalliseerd en in de regel nog niet echt op “eigen benen staat”.<sup>113</sup> Toch acht zij erkenning van het beginsel als algemeen rechtsbeginsel van waarde, omdat – zoals al gesignaleerd – sommige aspecten ervan verder gaan dan de bestaande beginselen. Bovendien kan het “transparantiebeginsel de onderlinge samenhang van de verschillende elementen van bestaande beginselen betere articuleren en als zodanig voor een nieuw – geïntegreerd – perspectief zorgen dat, op haar beurt, een eigen dynamiek kan ontwikkelen”.<sup>114</sup> Mede op basis van deze argumenten suggereert zij in 2007, samen met anderen (onder wie ikzelf), om “het transparantiebeginsel als zodanig te expliciteren in de Awb”, ook al is dat “op dit moment” nog niet “urgent”.<sup>115</sup> Uit het voorgaande blijkt dat

Prechal van oordeel is dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten binnen de context van artikel 49 en 56 VWEU reële mededingingsruimte moet worden geboden en dat het – zich ontwikkelende – Unierechtelijk transparantiebeginsel aan die verdeling eisen stelt met het oog op het realiseren van en toezicht houden op die competitieve verdeling. Bovendien is zij er in beginsel voorstander van om dit beginsel te transporteren naar Nederland.

5.5 Buijze heeft in diverse publicaties de zoektocht naar het Unierechtelijke transparantiebeginsel voortgezet.<sup>116</sup> Startpunt van haar studie is de constatering dat transparantie en transparantiebeginsel in het Unierecht in heel verschillende contexten een rol speelt, die op het eerste gezicht weinig met elkaar te maken hebben, ook al gaat het steeds om de “beschikbaarheid, toegankelijkheid en begrijpelijkheid van informatie”.<sup>117</sup> Wel kan – volgens Buijze – op basis van de criteria die in de rechtstheorie daarvoor bepalend worden geacht, worden gesteld dat transparantie in het Unierecht kwalificeert als een algemeen rechtsbeginsel.<sup>118</sup> transparantie is relatief vaag en flexibel, heeft zelf een sterke normatieve lading en is instrumenteel aan belangrijke waarden en belangen, is “open-ended” en – anders dan regels – niet-prespectief in die zin dat toepassing ervan in een casus automatisch tot een bepaalde uitkomst leidt. Bovendien kan de inhoud ervan worden opgespoord in het geldende recht (rechtspraak en regelgeving). Om het begrip van het beginsel te vergroten en te bepalen welke mate en soort van transparantie vereist zijn, is het volgens haar noodzakelijk om te bepalen “welk doel men met transparantie beoogt te bereiken”.<sup>119</sup> Volgens Buijze dient transparantie in de verhouding tussen overheid en burger onafhankelijk van de context steeds twee doelen.<sup>120</sup> Ten eerste stelt het burgers in staat “beter geïnformeerde beslissingen te nemen”. Ten tweede zorgt het ervoor dat zij als ‘buitenstaander’ kunnen zien wat er binnen die overheid gebeurt, zodat ze kunnen proberen deze te beïnvloeden en, indien nodig, achteraf ter verantwoording kunnen roepen.<sup>121</sup> Wat transparantie precies betekent, is vervolgens afhankelijk van de ‘soort van burger’ waarmee de overheid te maken heeft. Daarbij maakt zij onderscheid tussen de citoyen, de klassieke staatsburger, de homo economicus, de “rationele rekenaar

110 Prechal 2008, p. 8.

111 Zie voor dit en de navolgende citaten Prechal 2008, p. 8-9.

112 Prechal 2008, p. 8-9.

113 Prechal 2008, p. 10.

114 Prechal 2008, p. 11.

115 Widdershoven, Prechal, Verhoeven e.a. 2007, p. 91-92.

116 In Buijze 2011, Buijze 2013, en eerder in Buijze & Widdershoven 2010.

117 Buijze 2013, p. 291.

118 Buijze 2013, p. 65-66.

119 Buijze 2013, p. 292.

120 Het eerste doel is gerelateerd aan de ‘rational choice theory’, het tweede aan de ‘principal-agent theory’. Vgl. Buijze 2013, p. 54-61.

121 Buijze 2013, p. 292.

uit de economische theorie", en de homo dignus, de privépersoon als drager van fundamentele rechten.<sup>122</sup> Vervolgens gaat Buijze aan de hand van het geldend EU-recht en de onderliggende waarden en belangen na welke transparantie-verplichtingen ten opzichte van deze categorieën burgers gelden. In de context van de citoyen dient transparantie de democratie door de wilsvorming door burgers te faciliteren en hen de mogelijkheid te geven om te participeren in het openbaar bestuur enerzijds, en door hen de mogelijkheid te bieden om de democratisch gekozen vertegenwoordigers verantwoordelijk te houden anderzijds.<sup>123</sup> In deze context is transparantie als democratische waarde gecodificeerd in bijvoorbeeld artikel 10, derde lid, VEU en artikel 15, eerste lid, VWEU, die voor het Europese bestuur zo groot mogelijke openheid voorschrijven, en ligt het beginsel aan de basis van het recht op toegang tot documenten, zoals dat is neergelegd in artikel 15, derde lid, VWEU en artikel 42 Handvest, en nader is uitgewerkt in Verordening 1049/2001, en van specifieke EU-regels betreffende de toegang tot informatie, zoals de Aarhus-regelgeving. Transparantieverplichtingen die zich richten op de homo dignus hebben als doel het respect voor zijn individuele rechten te garanderen en om ervoor te zorgen dat hij zich in rechte kan verdedigen tegen acties die een inbreuk maken op die rechten. In deze context is transparantie nauw verbonden met de Unierechtelijke beginselen van respect voor de rechten van verdediging, het recht op privacy en effectieve rechtsbescherming. Bovendien impliceert het beginsel een recht om geïnformeerde keuzes te maken op het gebied van gezondheid, familieleven en woonplaats en een absoluut recht op informatie die zijn leven kan redden.<sup>124</sup> Voor deze conclusie zijn vooral de transparantieverplichtingen ten behoeve van de homo economicus van belang. Deze hebben als doel het functioneren van de interne markt te verbeteren.<sup>125</sup> Zij stellen hem in de eerste plaats in staat betere beslissingen te nemen, en, in de tweede plaats, om marktverstoring optreden van de publieke autoriteiten op te merken en eventueel aan te vechten. In dit verband kent het Unierecht aan de homo economicus fundamentele rechten toe, namelijk de klassieke verdragsvrijheden. Het gewicht hiervan is niet zozeer moreel, maar kan worden verklaard door het belang dat

de Unie aan de interne markt toekent. Ter nadere uitwerking van het voorgaande bespreekt Buijze allerlei toepassingen van transparantie in de Unieregelgeving en -rechtspraak, die deels ook bij Prechal aan de orde komen. Deze betreffen onder meer de 'rechtszekerheidstransparantie' en de transparantieverplichtingen die het Hof vanuit het aanbestedingsrecht heeft 'getransporteerd' naar de beperking van de verkeersvrijheden. Daarbij wordt transparantie door het Hof als zelfstandig rechtsbeginsel erkend, maar wordt het ook 'gelabeld' als slechts een verplichting. Hoe dan ook is het een voorwaarde voor de realisatie van het beginsel van gelijke behandeling en een middel ter voorkoming van favoritisme en willekeur.<sup>126</sup> In het vervolg gaat Buijze ook in op de betekenis van transparantie bij de verdeling van schaarse publieke rechten.<sup>127</sup> De eisen die bij de verdeling hiervan gelden in het geval de overheid heeft gekozen voor een vergelijkende toets, ontleent zij aan het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel.<sup>128</sup> Zij betreffen de passende mate van openbaarheid aan alle potentiële gegadigden (waarbij de eisen voor opdrachten die niet onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen wel minder zwaar zijn), het op dezelfde wijze, objectief en uniform toepassen van de verdelingscriteria en het communiceren van de uitkomsten van de procedure, opdat daartegen kan worden opgekomen. Overigens eist het transparantiebeginsel volgens Buijze niet dat schaarse publieke rechten via een vergelijkende toets worden verleend.<sup>129</sup> Zo kan een wie-het-eerst-komt-eerst-maakt-systeem ook toelaatbaar zijn, mits het transparant wordt toegepast. Daartoe moet het voor potentieel gegadigden kenbaar zijn dat een vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is. Buijze bespreekt ook de verhouding tussen transparantie en andere beginselen van Unierecht, onder meer het gelijkheidsbeginsel. Over die verhouding stelt zij dat gebrek aan transparantie kan leiden tot ongelijke behandeling,<sup>130</sup> maar dat transparantie een eigen waarde heeft, omdat het leidt tot lagere transactiekosten voor alle marktdeelnemers, zowel voor degene aan wie een recht is toegekend als potentiële gegadigden. Daarom kan overheidsingrijpen in strijd zijn met transparantie, ook al is dat ingrijpen niet discriminerend.<sup>131</sup> Mede vanwege deze extra's is Buijze, samen met ondergetekende, al in 2010

122 Buijze 2013, p. 292.

123 Buijze 2013, p. 293-294.

124 Buijze 2013, p. 226-238, onder verwijzing naar de — ook voor het Unierecht bindende rechtspraak van het EHRM over recht op informatie op grond van artikel 8 EVRM — onder meer EHRM 7 juli 1989 (*Gaskin*), nr. 10454/83 — en artikel 2 EVRM — meer in het bijzonder EHRM 30 november 2004 (*Öneryıldırım/Turkije*), nr. 48939/99.

125 Buijze 2013, p. 294-295.

126 Buijze 2013, p. 153-155.

127 Buijze 2013, p. 207-212.

128 Vgl. Buijze 210-212, en meer concreet Buijze 2011, p. 16-20 (van de elektronische versie van het artikel).

129 Buijze 2011, p. 19-20.

130 Buijze 2013, p. 272.

131 Buijze 2013, p. 272 en 155, onder verwijzing naar zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*), ECLI:EU:C:2007:507, en zaak C-496/99P (*Succhi di Frutta*), ECLI:EU:C:2004:236.

voorzitter van erkenning van transparantie als ongeschreven nationaal rechtsbeginsel.<sup>132</sup>

5.6 Drahmann benadert de problematiek van deze conclusie vanuit de Unierechtelijke transparantieverplichting en spitst haar betoog toe op de verdeling van schaarse publieke rechten. In diverse publicaties, die worden samengevat in de 'Samenvattende slotbeschouwing' van haar dissertatie uit 2015,<sup>133</sup> gaat zij aan de hand van de rechtspraak van Hof eerst in op de inhoud van de doelstellingen en inhoud van die verplichtingen.<sup>134</sup> Haar bevindingen op dit punt komen overeen met die van de analyse van het Unierecht in deze conclusie (punt 3.14). Zij betreffen onder meer het garanderen van een passende mate van openbaarheid over de toe te passen verdeelcriteria aan alle potentiële gegadigden, de duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze waarop de voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure moeten worden geformuleerd, de objectieve en gelijke (uniforme) wijze waarop de verdeelcriteria moeten worden toegepast en het verbod om wezenlijke bepalingen van een schaars besluit te wijzigen. Deze verplichtingen gelden op grond van het Unierecht al voor de verlening van schaarse nationale vergunningen die de verkeersvrijheden van artikel 49 en 56 VWEU beperken, van vergunningen binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn en van schaarse Europese subsidies.<sup>135</sup> Volgens Drahmann zouden zij ook moeten gelden in zuiver interne situaties. In de eerste plaats, omdat de doelstellingen van de transparantieverplichtingen, "het uitbannen van favoritisme en willekeur en het creëren van eerlijke mededinging door het bieden van gelijke kansen aan potentieel geïnteresseerde partijen", ook in zuiver interne situaties van belang zijn en deze verplichtingen dus een "mooie aanvulling" zijn op het Nederlands recht. In de tweede plaats, om te voorkomen dat er verschil – en dus "rechtsongelijkheid" – ontstaat in de rechtsbescherming tussen Unierechtelijke en nationale geschillen. In diverse bijdragen gaat Drahmann in op de consequenties van de introductie van de transparantieverplichtingen voor de verdeling van schaarse publieke rechten in Nederland. Zij bespreekt deze consequenties specifiek voor het subsidierecht en voor het omgevingsrecht,<sup>137</sup> en meer in algemene zin voor de Awb, zoals die bij de verdeling van schaarse besluiten wordt toegepast door het CBB

en de Afdeling.<sup>138</sup> Om te voldoen aan de transparantieverplichting van een 'passende mate van openbaarheid' zouden volgens haar:<sup>139</sup>

"(...) bestuursorganen verplicht [moeten] worden om algemeen bekend te maken dat een procedure waarbij een schaars besluit verleend wordt, zal aanvangen. De bekendmaking zou moeten vermelden wat de indieningstermijn voor aanvragen is en waar nadere informatie over de verdeelprocedure en -regels te vinden is." Aldus wordt "gegarandeerd dat alle potentieel geïnteresseerde partijen kennis kunnen nemen van de procedure en hieraan kunnen deelnemen." Deze bekendmaking moet, volgens Drahmann, bij voorkeur centraal geschieden, bijvoorbeeld via [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl). De bekendmakingsplicht zou expliciet in de Awb kunnen worden opgenomen, maar kan volgens haar ook door de bestuursrechter worden "gebaseerd op artikel 3:42 Awb (eventueel in combinatie met het gelijkheidsbeginsel of de transparantieplichting)".<sup>140</sup>

Volgens Drahmann moet de transparantieverplichting om twee redenen niet worden erkend als zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur. In de eerste plaats, omdat dit niet zal "verduidelijken welke transparantieverplichtingen in acht moeten worden genomen bij de verdeling van schaarse besluiten", aangezien aan het beginsel, afhankelijk van de context, een wisselende inhoud wordt gegeven.<sup>141</sup> In de tweede plaats, en principiële, omdat deze verplichtingen "een instrumenteel karakter hebben".<sup>142</sup> zij dragen bij aan een achterliggend doel, het garanderen van gelijke behandeling van alle potentiële aanvragers. Mede vanwege dat doel is zij er voorstander van om de transparantieverplichting "te benoemen als onderdeel van het formele gelijkheidsbeginsel",<sup>143</sup> het beginsel van gelijke kansen, en als zodanig te introduceren in het Nederlandse bestuursrecht. De bedoeling van dat beginsel is om bij de verdeling van schaarse publieke rechten "gelijke spelregels" te creëren, met toepassing waarvan uiteindelijk een winnaar kan worden aangewezen. Omdat de verdelingsprocedure een winnaar moet opleveren, is het hanteren

138 Zie A. Drahmann, *Kan het subsidierecht transparanter?*, Gst. 2011/124 (ook opgenomen in Drahmann 2015, p. 167-194) en A. Drahmann, 'De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht', BR 2010/161 (ook opgenomen in Drahmann 2015, p. 233-260).

139 Drahmann 2015, p. 319-346, dat mede is gebaseerd op Drahmann 2013.

140 Drahmann 2015, p. 325.

141 Drahmann 2015, p. 362 en Drahmann 2014. Daarbij heeft zij het oog op de door Buijze onderscheiden 'contexten'.

142 Drahmann 2015, p. 362.

143 Zie voor deze opvatting en de diverse citaten, Drahmann 2015, p. 364-367.

132 Buijze & Widdershoven 2010, p. 605-606.

133 Drahmann 2015, p. 283-375.

134 Drahmann 2015, p. 288-297.

135 Drahmann 2015, p. 303.

137 Zie hiervoor en de voor navolgende citaten, Drahmann 2015, p. 287, p. 313-314.

van het materiële gelijkheidsbeginsel – volgens Drahmann – “geen optie”.<sup>144</sup> Deze voorkeursoptie is volgens Drahmann in overeenstemming met het Unierecht,<sup>145</sup> omdat daarin – volgens veel rechtspraak van het Hof – transparantie wordt beschouwd als “een middel om gelijke behandeling te garanderen”. Transparantie draagt daaraan bij, omdat het de voorwaarden voor “echte mededinging garandeert”.

5.7 In de algemene bestuursrechtelijke handboeken is de aandacht voor de problematiek van de schaarse publieke rechten en de mogelijke betekenis van transparantie in dat verband vooralsnog bescheiden (of afwezig). De meeste aandacht voor beide ziet men in Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male. Volgens hen draait bij de toedeling van schaarse rechten “alles [...] om gelijke kansen”.<sup>146</sup> Om die te garanderen moet het hele selectieproces (van aankondiging tot en met toewijzing) transparant zijn, moeten in geval een inhoudelijke selectie plaatsvindt alle gegadigden “op tijd en op gelijke wijze” worden geïnformeerd over de selectie-eisen en is afwijking van de aankondigde procedure of de wijze van selectie alleen mogelijk als “geen van de gegadigden daardoor wordt benadeeld”. Transparantie wordt door hen beschouwd als een “beginsel” dat is “iomen overwaaien uit het EU-recht”.<sup>147</sup> Op grond ervan moeten belanghebbenden over “informatie beschikken die zij nodig hebben om te kunnen beoordelen of zij fair worden behandeld en om de juiste keuzes te kunnen maken”. Doorgaans zijn die belanghebbenden concurrenten, maar ook buiten het terrein van de competitieve verdeling van schaarse rechten stellen bestuursrechtters soms de eis dat de besluitvorming, zowel wat de procedure betreft als de motivering, transparant moet zijn. In dit verband verwijzen zij naar rechtspraak van de CRvB, onder meer zijn uitspraak van 11 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0312, waarin de Centrale Raad beoordeelt of de wijze waarop het UWV iemands mate van arbeidsongeschiktheid toetst met behulp van het door het instituut ontwikkelde Centraal Beoordelings- en BorgingsSysteem “voldoende toetsbaar, verifieerbaar en transparant” is, en naar rechtspraak van de Afdeling, waarin deze nagaat of de controle op de naleving van het arbeidstijdenbesluit “op consistente en transparante wijze” is geschied

(ABRvS 3 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI6094) en of de beoordeling van de noodzaak van gratis rechtsbijstand niet op “onduidelijke of niet-transparante wijze” heeft plaatsgevonden (ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1313). Schlössels & Zijlstra besteden kort aandacht aan de verdeling van schaarse vergunningen, waarbij zij melding maken van de diverse verdelingsprocedures die hierbij kunnen worden toegepast.<sup>148</sup> Interessant is hun standpunt dat bij de verdeling van schaarse parkeervergunningen verdeling op volgorde van binnenkomst “veel rechtvaardiger is” dan een systeem waarbij een markt hiervoor zou worden gecreëerd, omdat in dat laatste systeem “rijkdom en niet behoefte” zou bepalen of “mensen van de vaak essentiële voorziening van autovervoer gebruik kunnen maken”. Aan transparantie of aan het transparantiebeginsel besteden zij geen aandacht.

5.8 De opvattingen in de literatuur over de vragen van de voorzitter kunnen als volgt worden samengevat. In de eerste plaats zijn alle auteurs van mening dat er bij schaarse publieke rechten voor het bestuur inderdaad een verplichting bestaat om aan potentiële gegadigden reële mededingingskansen te bieden. Van Ommeren leidt de verplichting af uit de nationale rechtspraak. Wolswinkel baseert haar op het gelijkheidsbeginsel (top down), de regels voor bijzondere verdelingsprocedures (bottom up) en inzichten uit de economische verdelingstheorie. Drahmann, Prechal en Buijze stellen vast dat de verplichting voortvloeit uit het Unierecht, en zijn van oordeel dat zij ook nationaal zou moeten gelden om rechtsongelijkheid tussen nationale en Unierechtelijke zaken te voorkomen (Drahmann), dan wel omdat de Unierechtelijke beginselen waarop de verplichting is gebaseerd (zie hierna), op enig moment ook nationaal moeten worden erkend (Prechal, Buijze). Overigens is de verplichting een – in de woorden van Van Ommeren – “zwakke rechtsnorm”, waaraan ook de verdeling op volgorde van binnenkomst in beginsel voldoet (Van Ommeren, Wolswinkel, Buijze, Drahmann). Uitzonderingen op de verplichting zijn denkbaar, bijvoorbeeld in het geval het uitgesloten is dat er meer dan één gegadigde is die aan de wettelijke eisen voor verlening van de vergunning voldoet (Van Ommeren, Wolswinkel). Bovendien kan de formele wetgever de verplichting, voor zover deze uitsluitend is gebaseerd op nationaal ongeschreven recht, opzij zetten (Van Ommeren). Om te garanderen dat alle potentiële gegadigden mee kunnen dingen naar het schaarse recht, moet het bestuur volgens alle auteurs tijdig (in beginsel

144 Het onderscheid tussen het formele en materiële gelijkheidsbeginsel ontleent Drahmann aan J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 12-16.

145 Drahmann 2015, p. 366-367.

146 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 389, voor dit citaat en de hierna volgende citaten.

147 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2014, p. 281-282, voor dit citaat en de hierna volgende citaten.

148 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 834-835.

voordat het aanvraagtijsvak aanvangt) de beschikbaarheid ervan, het aanvraagtijsvak, de verdelingsprocedure en geldende verdelingscriteria algemeen en duidelijk bekendmaken. Wijziging van de criteria of procedure zijn in elk geval nadat de eerste aanvraag is binnengekomen niet meer mogelijk. Afwijking ervan in beginsel ook niet. Bovendien gaan alle auteurs, voor zover zij daarover een standpunt innemen, ervan uit dat een schaarse vergunning niet voor onbepaalde tijd kan worden verleend. De rechtsgrondslag voor de verplichting om bij de verdeling van schaarse publieke rechten aan potentiële gegadigden reële mededingingskansen te bieden, wordt door Prechal en Buijze gevonden in een combinatie van het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Dat laatste beginsel ontwikkelt zich langzaam maar zeker tot een algemeen beginsel van Unierecht en zou, zoals al aangegeven, op enig moment ook nationaal moeten worden erkend. Drahmman leidt de verplichting af uit het formele gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting die volgens haar daarvan een onderdeel is. Ook volgens Wolswinkel vloeit de verplichting voort uit het gelijkheidsbeginsel (waarvan de transparantieplichting een rechtstreeks gevolg is). Een verschil tussen Drahmman en Wolswinkel is dat Drahmman de verplichting om het aanvraagtijsvak en de verdelingscriteria bekend te maken ook baseert op het gelijkheidsbeginsel, terwijl Wolswinkel deze verplichtingen baseert op het beginsel van rechtszekerheid. Van Ommen kan ermee leven dat de nationale rechter de bijzondere verplichtingen bij de verdeling van schaarse publieke rechten baseert op het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het formele rechtszekerheidsbeginsel, maar is wel verbaasd dat het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak nooit wordt genoemd. Dat de rechter het transparantiebeginsel niet aan de basis van deze verplichtingen legt, acht hij begrijpelijk, omdat dat beginsel nog onvoldoende is uitgekristalliseerd en de meerwaarde ervan onduidelijk is. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male merken op dat gelijke kansen essentieel zijn bij de toedeling van schaarse rechten en dat daartoe het hele selectieproces transparant moet zijn. Transparantie wordt door hen beschouwd als een beginsel dat afkomstig is uit Europa, maar dat soms ook buiten de EU-context en buiten de context van de verdeling van schaarse rechten in de nationale rechtspraak wordt toegepast.

## 6. Standpunt

6.1 Na deze uitvoerige beschouwingen wordt het tijd voor de beantwoording van de algemene vragen van de voorzitter. Hierna ga ik eerst in op de kernvraag of er naar Nederlands recht voor het bestuur een rechtsnorm bestaat, die ertoe strekt

dat, ook als de wettelijke regeling daarover zwijgt, bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze reële ruimte wordt geboden aan (potentiële) gegadigden om naar die vergunningen mee te dingen, en op de specifieke verplichtingen die op grond van die norm gelden. Daarna bespreek ik de rechtsgrondslag voor zowel deze rechtsnorm als de specifieke verplichtingen, en mogelijkheden van uitzondering. Voordat ik op de vragen inga, passen twee opmerkingen. In de eerste plaats over de verhouding tot het Unierecht. De vragen van de voorzitter hebben betrekking op het bestaan van een mededingingsrechtsnorm naar Nederlands recht en zijn dus vooral van belang voor situaties waarin zo'n rechtsnorm niet al voortvloeit uit het Unierecht. Op zichzelf schept dit ruimte voor een eigen nationale benadering van de problematiek. Tegelijkertijd is echter gesignaleerd dat de reikwijdte van Unierechtelijke invloed op de problematiek niet heel erg duidelijk is (punt 3.6). Dat komt omdat het Hof nogal snel en niet altijd even voorspelbaar aanneemt dat een zaak een grensoverschrijdende dimensie heeft, zodat de artikelen 49 en 56 VWEU, en de daaruit voortvloeiende verplichting om bij de verdeling van schaarse vergunningen reële mededingingskansen te bieden, van toepassing zijn. Bovendien bestaat onduidelijkheid over de toepasselijkheid in zuiver interne zaken van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn, dat voor schaarse dienstenvergunningen waarschijnlijk dezelfde verplichting voorschrijft. Om aanvaringen met het Unierecht te voorkomen is het daarom verstandig om bij de beantwoording van de vragen de Unierechtelijke invalshoek toch serieus te nemen. In de tweede plaats verdient de groep van schaarse vergunningen nadere aandacht. Volgens de in deze conclusie gehanteerde definitie is sprake van een schaarse vergunning als 'de som van de omvang van aanvragen het aantal beschikbare vergunningen overtreft' (punt 2.5). Tot deze groep behoren veel vergunningen voor economische activiteiten, waarop in het voorafgaande sterk de nadruk heeft gelegen. Het gaat dan om vergunningen in verband met de toegang of uitoefening van diensten,<sup>149</sup> zoals de vergunning voor het exploiteren van een speelautomatenhal, maar ook om de onthefing voor zondagopenstelling. Er zijn echter ook schaarse vergunningen die niets te maken hebben met een economische activiteit. Een bekend voorbeeld – dat hiervoor kort is aangestipt (punt 5.7) – is de parkeervergunning die in elk geval in

<sup>149</sup> Tot deze groep behoren ook de exploitatievergunning voor passagiersvervoer over water en de exploitatievergunning() voor een prostitutiebedrijf, die aan de orde waren in de gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14 (Trijber & Hamsen), ECLI:EU:C:2015:641.



veel gebieden van de grote steden schaars is. In het navolgende besteed ik op sommige plaatsen specifiek aandacht aan deze niet-economische schaarse vergunning. Daarbij ga ik uit van de regeling ervan in de Modelparkeerverordening van de VNG. Hoewel ik aldus niet alle niet-economische schaarse vergunningen bestrijkt, kunnen de opmerkingen die ik in dat kader maak ook voor die andere niet-economische vergunningen van belang zijn.

### *Reële mededingingsruimte*

6.2 Het antwoord op de kernvraag van de voorzitter is dat een nationale rechtsnorm om bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze reële mededingingsruimte te bieden, volgens mij inderdaad bestaat. Zij geldt ook voor de verlenging van de vergunning. De rechtsnorm is voor zuiver nationale vergunningen al erkend door het CBB (punt 4.3), een erkenning waarbij de Afdeling zich (impliciet) heeft aangesloten (punt 4.14). Ook in de literatuur wordt ervan uitgegaan dat deze rechtsnorm al geldend Nederlands recht is (punt 5.8). Erkenning van de rechtsnorm sluit ook uitstekend aan bij het Unierecht, omdat dat recht voor schaarse vergunningen voor diensten met een grensoverschrijdende dimensie en diensten binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn al voorschrijft dat het bestuur bij de verdeling ervan een of andere vorm van mededinging toepast (punt 3.12). De erkenning van de rechtsnorm heeft ook een goede inhoudelijke reden. Veel vergunningen en zeker vergunningen voor een economische activiteit, hebben vermogenswaarde. Typisch voor de verdeling van schaarse vergunningen is dat deze vermogenswaarde door het bestuur wordt toegekend aan, afhankelijk van het plafond, een of meer aanvragers en aan anderen niet. In deze situatie ligt het in de rede dat het bestuur deze vergunningen niet onderhands verleent aan een bepaalde aanvrager, maar dat zij alle (potentiële) aanvragers in de gelegenheid stelt hiernaar op enigerlei wijze mee te dingen. Doet het dat niet, dan bevoordeelt het zonder duidelijke reden een (of sommige) aanvrager(s) boven anderen en ligt het verwijt van willekeur op de loer. Het voorgaande is ook van belang voor de verdeling van een schaarse parkeervergunning, omdat ook daarvoor geldt dat 'een voordeel' (het recht om in een bepaald gebied te parkeren) wordt toegekend aan sommige aanvragers en aan anderen (voorlopig) niet. Daarom behoren potentiële gegadigden reële kansen te hebben om hiernaar mee te dingen, zodat wordt voorkomen dat het bestuur sommige aanvragers zonder duidelijke reden bevoordeelt. Om misverstanden te voorkomen, dat deze vergunningen open

moeten staan voor mededinging betekent niet dat voor het aantal in een gebied te verdelen vergunningen geen onderscheid zou mogen worden gemaakt tussen categorieën van aanvragers. Op grond van artikel 3, derde juncto vierde lid, van de Modelparkeerverordening kan op dit punt onderscheid worden gemaakt tussen, kort gezegd, bewoners, mensen die een beroep of bedrijf uitoefenen en eigenaren van een motorvoertuig bestemd voor 'autodate', een onderscheid dat mij objectief en redelijk gerechtvaardigd lijkt. Binnen deze categorieën heeft de mededingingsrechtsnorm wel te gelden.

6.3 Uit de mededingingsrechtsnorm vloeit in beginsel voort dat schaarse vergunningen niet voor onbepaalde tijd, maar alleen tijdelijk kunnen worden verleend, omdat verlening voor onbepaalde tijd de vergunninghouder onevenredig zou bevoordelen boven andere (potentiële) gegadigden en bovendien uitsluit dat die gegadigden in de toekomst naar de vergunning kunnen meedingen. Bij het bepalen van de vergunningsduur kan rekening worden gehouden met de tijd die nodig is om de investeringen die moeten worden gedaan om van de schaarse vergunning gebruik te kunnen maken, terug te verdienen. De eis van tijdelijkheid is al geldend recht op grond van de rechtspraak van het CBB (punten 4.8 en 4.9). Zij geldt bovendien voor de verlening van een schaarse vergunning voor diensten met een grensoverschrijdende dimensie (op grond van artikel 49 en 56 VWEU) en voor diensten binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Binnen de reikwijdte van het Unierecht zijn uitzonderingen op deze eis dan ook niet mogelijk (punt 3.14). Dat zou volgens mij ook het geval moeten zijn voor vergunningen voor een economische activiteit buiten die reikwijdte. Heeft de vergunning niet betrekking op een economische activiteit, dan bestaat voor die tijdelijkheid principieel minder reden, omdat van een onevenredige bevoordeling in economische zin geen sprake is, en legt de rechtszekerheid meer gewicht in de schaal. Tot welke precieze vergunningsduur de afweging tussen het (niet-economische) voordeel van ook een niet-economische schaarse vergunning en de rechtszekerheid leidt, is afhankelijk van hetgeen door de vergunning wordt toegestaan. Artikel 5, eerste lid, van de Modelparkeerverordening biedt ruimte voor zowel een vergunning voor onbepaalde tijd als voor een tijdelijke vergunning. Hoewel een tijdelijke vergunning vanuit mededingingsoptiek te prefereren valt, kan een parkeervergunning voor onbepaalde tijd volgens mij wel gerechtvaardigd worden door de rechtszekerheid. Daarbij speelt een rol dat de vergunning persoonsgebonden is en wordt ingetrokken als de vergunninghouder niet meer woonachtig

is of geen beroep of bedrijf meer uitoefent in het gebied (art. 6, onder b), zodat vergunningen met enige regelmaat voor mededinging beschikbaar zullen komen. Bovendien kunnen 'nieuwkomers' bij hun beslissing om naar het gebied te verhuizen ermee rekening houden dat het enige tijd zal duren voordat zij een parkeervergunning kunnen krijgen.

6.4 De mededingingsrechtsnorm sluit, zolang de wettelijke voorschriften zich niet tegen een bepaalde wijze van verdeling verzetten, in beginsel geen enkele verdelingsprocedure uit. Schaarre vergunningen kunnen dus ook op volgorde van binnenkomst worden verleend, mits alle (potentiële) gegadigden een reële kans hebben om als eerste een aanvraag te kunnen indienen. Dit is vaste rechtspraak van het CBB en de Afdeling (punt 4.18), vindt ondersteuning in de literatuur (punt 5.8) en lijkt ook Unierechtelijk niet op problemen te stuiten (punt 3.12). De eis dat alle (potentiële) gegadigden een reële mededingingskans moeten hebben, stelt wel grenzen aan de toepassing van de verdeling op volgorde van binnenkomst in een situatie als in de zaak *Swiss Leisure Group* (punt 4.3), waarin de ruimte voor een nieuwe vergunning ontstaat nadat een exploitant zijn vergunning voor een andere locatie heeft ingetrokken. Omdat die laatste exploitant als eerste op de hoogte is van de ontstane ruimte en dus per definitie als eerste een aanvraag kan indienen, is in zo'n geval verlening op volgorde van binnenkomst niet zonder meer mogelijk (punt 4.18). Wel acht ik deze vorm van verdeling ook dan denkbaar, mits het bestuur het begin van de aanvraagstermijn op een later (algemeen bekendgemaakt) tijdstip laat ingaan dan het moment van intrekking. In dat geval hebben (potentiële) gegadigden immers wel een reële kans om als eerste een aanvraag in te dienen. Passende mate van openbaarheid

6.5 Om de mededingingsrechtsnorm te realiseren dient het bestuur aan (potentiële) gegadigden een passende mate van openbaarheid te garanderen over de beschikbaarheid van het recht, de verdeelprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Deze eisen worden gesteld in de nationale rechtspraak, onder meer in de zaak *Pierik & Meson* (punt 4.4) en worden in de literatuur breed onderschreven (punt 5.8). Zij sluiten aan bij het Unierecht (punt 3.14). 'Passend' betekent in de eerste plaats tijdig. Als uitgangspunt heeft te gelden dat het bestuur voorafgaand aan het begin van de aanvraagprocedure duidelijkheid schept over de beschikbaarheid van het recht, de verdeelprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. In beginsel ben ik er voorstander van dat het bestuur ook de keuze voor verdeling op volgorde van binnenkomst en het daarbij geldende begin van het aanvraag-

tijdstip voorafgaand aan dat tijdstip expliciet bekendmaakt (waarbij het verdeelcriterium uit die keuze voortvloeit). Binnen de reikwijdte van het Unierecht is deze expliciete bekendmaking verplicht (punt 3.14). Buiten die reikwijdte gebeurt dit in de praktijk helaas lang niet altijd en wordt de keuze voor deze verdeelprocedure vaak impliciet gemaakt. In de rechtspraak van het CBB en Afdeling is deze praktijk geaccepteerd (punt 4.18). Om praktische redenen en om te voorkomen dat uitsluitend wegens dit gebrek de hele procedure over moet, sluit ik mij bij deze rechtspraak aan, zij het dat dan wel bijzondere eisen moeten worden gesteld aan de 'passende' openbaarheid van de beschikbaarheid van de schaarre vergunning. Ik kom daarop in punt 6.7 terug. 'Passend' betekent in de tweede plaats adequaat bekendgemaakt aan alle potentiële gegadigden. Bij een vergelijkende toets betreft de bekend te maken informatie het plafond – dat kwalificeert als een concretiserend besluit van algemene strekking als het apart wordt bekendgemaakt, en als algemeen verbindend voorschrift als het onderdeel is van een dergelijk voorschrift<sup>150</sup> – en de toepasselijke verdeelcriteria die worden vastgesteld bij algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel. Ook de expliciete keuze voor verdeling op volgorde van binnenkomst zal doorgaans bij algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel worden gemaakt. Algemeen verbindende voorschriften van de centrale overheid moeten worden gepubliceerd in (de elektronische versies van) het Staatsblad (wetten, AMvB's) of de Staatscourant (ministeriële regelingen).<sup>151</sup> Beide media garanderen een adequate bekendmaking. Dat geldt ook voor algemeen verbindende voorschriften van gemeenten, die op grond van artikel 139 Gemeentewet moeten worden gepubliceerd in het (elektronisch uitgegeven) gemeenteblad.<sup>152</sup> Voor besluiten van algemene strekking en beleidsregels geldt, aangezien zij niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, dat bekendmaking ervan op grond van artikel 3:42 Awb geschiedt door de kennisgeving (van de zakelijke inhoud) ervan in de Staatscourant (bij tot de centrale overheid behorende bestuursorganen, lid 1), of in een van overheidswege uitgegeven blad, een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad of op andere geschikte wijze (bij niet tot de centrale overheid behorende bestuursorganen, lid 2). De elektronische

<sup>150</sup> ABRvS 23 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ5491. ABRvS 21 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0774 en ABRvS 24 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3465.

<sup>151</sup> Zie art. 3 en 4 Bekendmakingswet. Op grond van art. 1, tweede lid, van die wet geschiedt de uitgifte van het Staatsblad en de Staatscourant elektronisch op een algemeen toegankelijke wijze.

<sup>152</sup> Voor provinciale algemeen verbindende voorschriften geldt dezelfde eis op grond van art. 136 Provinciewet.

uitgave van de Staatscourant is, als gezegd, een adequaat medium. Bij de toepassing van artikel 3:42 Awb op decentrale schaarse vergunningen moet rekening worden gehouden met de eis dat potentiële gegadigden voor de schaarse vergunning van deze besluiten kennis moeten kunnen nemen. Tot welke eisen aan de bekendmaking dat leidt, hangt af van de schaarse vergunning in kwestie. In het geval van een ontheffing voor zondagopenstelling kan kennisgeving in een lokaal nieuwsblad en zelfs in een huis-aan-huisblad voldoende zijn. Bij exploitatievergunningen voor speelautomatenhallen moet de lat hoger liggen, omdat ook gegadigden van buiten de gemeentegrenzen van de verdeelprocedure kennis moeten kunnen nemen. Hiervoor is daarom elektronische bekendmaking de geschikte wijze. Deze moet plaatsvinden via een door de desbetreffende decentrale overheid elektronisch uitgegeven overheidsblad, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald (art. 3:42, tweede lid, laatste volzin, Awb). 'Passend' betekent in de derde plaats dat de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig moeten zijn geformuleerd en wel zodanig dat aanvragers hun aanvraag hierop kunnen afstemmen. Bovendien worden, zoals het Hof dat stelt, aldus grenzen gesteld aan de discretionaire bevoegdheden van het bestuur en wordt 'favoritisme en willekeur' voorkomen. Overigens is het niet zonder meer uitgesloten dat deze regels na afloop van het aanvraagtijdvak nader worden uitgewerkt, mits daarbij niet wordt afgeweken van de verdeelregels. In hoeverre dit mogelijk is, hangt af van het schaarse recht in kwestie en de mate waarin het gelet op dat recht mogelijk is om al bij voorbaat preciezere subcriteria te formuleren (punt 4.18).

6.6 Als het bestuur de verdeelprocedure (tijdig) heeft bekendgemaakt, gelden ook ten aanzien van de toepassing ervan eisen. In de eerste plaats kan het bestuur nadat het de keuze voor een bepaalde verdeelprocedure heeft gemaakt en deze keuze heeft bekendgemaakt, niet meer overstappen op een andere verdeelprocedure. Dit verbod — dat voortvloeit uit de rechtspraak van het CBB (punt 4.6) — ligt voor de hand omdat (potentiële) gegadigden hun aanvraag op die keuze hebben afgestemd. Het zou volgens mij ook moeten gelden in het geval het bestuur een expliciete keuze heeft gemaakt voor verdeling op volgorde van binnenkomst en deze keuze algemeen bekend heeft gemaakt (punt 4.7). In de tweede plaats kunnen de verdeelregels gedurende de besluitvorming niet meer worden gewijzigd en moeten zij gelijkelijk worden toegepast op alle aanvragen. Voor zover de regels zijn vastgesteld bij beleidsregel is de mogelijkheid voor afwijking — aldus ook het CBB (punt 4.10) — in het concrete

geval in beginsel afwezig. Of, zoals de Afdeling mogelijk lijkt te achten (punt 4.16), in de beleidsregels niet verdisconteerde bijzondere omstandigheden toch reden zouden kunnen zijn om in een individueel geval van de beleidsregels af te kunnen wijken, betwijfel ik. In elk geval mag deze afwijking niet leiden tot een ongelijke behandeling van de aanvragen.

6.7 In punt 6.5 heb ik bepleit dat het bestuur ook de keuze voor verdeling van schaarse vergunningen op volgorde van binnenkomst in principe voorafgaand aan het aanvraagtijdvak passend en dus expliciet openbaar moet maken. In de praktijk komt het echter regelmatig voor dat het bestuur geen expliciete keuze voor een verdeelprocedure maakt en dat dit in veel zaken een impliciete keuze voor verdeling op volgorde van binnenkomst betekent, terwijl in andere zaken na ontvangst van een of meer aanvragen alsnog wordt gekozen voor een andere verdeelprocedure, de vergelijkende toets (punt 4.6) of een loting (punt 4.7). Deze praktijk geeft aanleiding tot de volgende twee opmerkingen. Dat het bestuur soms pas na ontvangst van een of meer aanvragen kiest voor een andere verdeelprocedure dan verdeling op volgorde van binnenkomst, verdient wat mij betreft niet de schoonheidsprijs, maar lijkt mij niet onrechtmatig, mits natuurlijk de toepasselijke criteria en het (nieuwe) aanvraagtijdvak passend bekend worden gemaakt. Aldus wordt immers gegarandeerd dat alle (potentiële) gegadigden daadwerkelijk kunnen meedingen naar die schaarse vergunningen. In de rechtspraak is geaccepteerd dat (potentiële) gegadigden uit het zwijgen van de verdelende overheid moeten afleiden dat de verdeling van een schaarse vergunning op volgorde van binnenkomst zal geschieden. Daarmee kan worden ingestemd, mits dan wel de beschikbaarheid van die schaarse vergunning passend openbaar wordt gemaakt. Wat precies 'passend' is, hangt mede af van de te verdelende vergunning. Zoals ik in punt 6.8 zal betogen, lijkt mij bij schaarse parkeervergunningen een systeem van een wachtlijst aanvaardbaar, omdat het gaat om veel vergunningen die regelmatig vrijvallen. Dit ligt anders voor bijvoorbeeld de ontheffingen zondagopenstelling en de exploitatievergunning voor speelautomatenhallen, omdat in dat geval gevestigde exploitanten ongetwijfeld hoog op die wachtlijst zullen staan en 'nieuwkomers' geen reële kans zullen hebben om naar een nieuwe vergunning mee te dingen. Om hen die kans wel te bieden, zal de beschikbaarheid van de (vrijgevallen) schaarse vergunning passend openbaar moeten worden gemaakt. De aanvraagperiode kan pas beginnen na die passende openbaarmaking. De Awb stelt aan de bekendmaking van de beschikbaarheid van de schaarse vergun-

ning geen eisen, omdat die beschikbaarheid niet kwalificeert als een 'besluit' in de zin van Awb. Op grond van de eis van 'passende openbaarheid' moet het bestuur dit feit niettemin adequaat bekendmaken, waarbij het precieze medium afhangt van de schaarse vergunningen en de kring van potentiële gegadigden (vgl. punt 6.5). In het geval ook gegadigden van buiten de grenzen van de desbetreffende overheid moeten worden bereikt, is elektronische bekendmaking noodzakelijk. Bij voorkeur geschiedt dit in de Staatscourant (centrale overheid) of in een door een decentrale overheid elektronisch uitgegeven overheidsblad, maar bekendmaking via een website van die overheid kan ook voldoende zijn,<sup>153</sup> mits deze informatie voor een gemiddelde burger goed vindbaar is.

6.8 Kom ik voor de laatste keer terug op de parkeervergunning. Volgens artikel 3, vijfde lid, Modelparkeerverordening kan het college van burgemeester en wethouders, "bij openbaar te maken besluit, een maximum aantal uit te geven vergunningen per aaneengesloten gebied en per categorie [zie punt 6.2 – RW] vaststellen". In dat besluit moet volgens het Voorbeeld Uitvoeringsbesluit een regeling worden opgenomen voor het geval het aantal aanvragen voor een parkeervergunning het aantal beschikbare plaatsen overstijgt, waarbij het gebruik van een wachtlijst wordt aanbevolen. Gelet hierop lijken de opstellers in dat geval uit te gaan van een verdeling op volgorde van binnenkomst, ook al wordt dit in de modelverordening niet met zoveel woorden gesteld. De gemeentelijke parkeerverordening moet worden gepubliceerd in het elektronisch uitgegeven gemeenteblad (art. 139 Gemeentewet, zie punt 6.5). Het in artikel 3, vijfde lid, genoemde besluit moet, aangezien het niet tot een of meer belanghebbenden is gericht, worden bekendgemaakt volgens de regels van artikel 3:42, tweede lid, Awb (punt 6.5). Omdat het besluit betrekking heeft op een bepaald gebied binnen de stad kunnen alle in dat artikel genoemde middelen in beginsel 'passend' zijn. De (impliciete) keuze voor verlening op volgorde van binnenkomst is op zich toelaatbaar, omdat deze verdeelprocedure enigerlei mededinging niet uitsluit. Wel – maar dat ligt erg voor de hand – moet het begin van het aanvraagstijdvak in het openbaar gemaakte besluit worden vermeld. In dat besluit wordt – conform de aanbeveling van de VNG – ook vermeld dat zij die bij de eerste verdeling buiten de boot vallen op een wachtlijst worden geplaatst. Datzelfde geldt – neem ik aan – voor 'nieuwkomers'. De verdeling van vrijgevalen vergunningen vindt – dat lijkt mij althans de ratio van een

wachtlijst – vervolgens plaats in volgorde van die wachtlijst. Aangezien het gaat om veel vergunningen die regelmatig zullen vrijvallen, lijkt mij dit een passend systeem. Voor alle potentiële gegadigden is immers van te voren duidelijk hoe zij hun kansen op een vergunning kunnen optimaliseren, namelijk door zich zo snel mogelijk op die wachtlijst te laten plaatsen. De toekenning van een parkeervergunning moet, nu dit besluit is gericht tot een belanghebbende, conform artikel 3:41, eerste lid, Awb aan de aanvrager worden bekendgemaakt.

#### *Rechtsgrondslag*

6.9 Voor de keuze van de rechtsgrondslag moet onderscheid worden gemaakt tussen de rechtsnorm om bij de verdeling van schaarse vergunningen reële mededingingsruimte te bieden en de met het oog daarop gestelde verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen over die verdeling. In de nationale rechtspraak heeft alleen het CBB zich uitgelaten over de rechtsgrondslag van de mededingingsrechtsnorm. Het College baseert deze norm op het beginsel van behoorlijk bestuur dat de besluiten met de vereiste zorgvuldigheid worden voorbereid en genomen (punt 4.3). Deze rechtsgrondslag is niet onjuist, aangezien de norm inderdaad te maken heeft met het zorgvuldig voorbereiden en nemen van besluiten, maar geeft geen informatie over de ratio van de rechtsnorm. Binnen het palet aan in Nederland erkende beginselen van behoorlijk bestuur bestaat een beginsel dat die ratio wel uitdrukt, namelijk het gelijkheidsbeginsel. Dit wordt in de literatuur algemeen onderkend (punt 5.8). Daarbij gaat het, zoals Drahmann mijns inziens terecht opmerkt (punt 5.6), niet om het materiele gelijkheidsbeginsel – de schaarse vergunning kan immers niet aan een ieder worden verleend – maar om het formele gelijkheidsbeginsel, het beginsel van gelijke kansen. Dit beginsel eist dat voor alle (potentiële) gegadigden bij de verdeling van het schaarse recht dezelfde spelregels gelden en is daarmee, zoals ook in de rechtspraak van het Hof met zoveel woorden wordt gesteld (punt 3.7), nauw verbonden met het bieden van daadwerkelijke mededingingsruimte. De keuze voor het formele gelijkheidsbeginsel als rechtsgrondslag voor de verplichting om bij die verdeling reële mededingingskansen te garanderen, sluit daarmee ook goed aan bij het Unierecht. Bovendien wordt het beginsel ook toegepast door de Hoge Raad als beginsel van aanbestedingsrecht, ook als het Unierecht daartoe niet dwingt, en wordt het ook in die hoedanigheid gerelateerd aan de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging (punt 4.17). Het formele gelijkheidsbeginsel ligt mijn inziens ook aan de

<sup>153</sup> Aldus ook de Afdeling in de zaak *JVH* (punt 4.14).

basis van de eis dat het bestuur de criteria voor de verdeling van schaarse vergunningen gelijkelijk op alle aanvragen moet toepassen en daarvan in beginsel niet kan afwijken. Ook deze eis dient er immers toe om daadwerkelijk mededinging te garanderen en ervoor te zorgen dat voor alle gegadigden dezelfde spelregels gelden. Om vergelijkbare redenen baseer ik ook de eis dat het bestuur, nadat het de keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure heeft bekendgemaakt, niet meer kan overstappen op een andere verdeelprocedure, op het formele gelijkheidsbeginsel. Zo'n overstap benadeelt immers de aanvrager die op grond van de aanvankelijk gekozen verdeelprocedure de vergunning zou hebben gekregen ten gunste van een andere en betekent dus een inbreuk op het beginsel van gelijke kansen. Met deze keuze wijk ik af van de rechtspraak van het CBB, waarin deze eis wordt gebaseerd op het beginsel van rechtszekerheid (punt 4.6). Overigens heb ik geen principiële bezwaren tegen de keuze van het CBB, aangezien deze eis natuurlijk ook te maken heeft met rechtszekerheid. Het formele gelijkheidsbeginsel geeft de ratio van de eis mijn inziens echter preciezer weer. Ten slotte ligt het gelijkheidsbeginsel, zij het dit maal de materiële variant, aan de basis van de eis dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd kunnen worden verleend. Deze eis heeft immers niet te maken met het garanderen van gelijke kansen bij de verdeling, maar met het voorkomen van een onevenredige bevoordeling van de 'uitverkoren' vergunningshouder. Met deze keuze, die ook wordt verdedigd door Wolswinkel (punt 5.3), volg ik niet de lijn van het CBB die deze eis in de zaken *Wassenaar* (punt 4.8) en *Castricum* (punt 4.9) baseert op het materiële zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb. Naar mijn opvatting vereist het beginsel van materiële zorgvuldigheid dat een besluit geen zwaardere lasten aan een belanghebbende mag opleggen dan nodig is.<sup>154</sup> Daarom wordt het ook wel aangeduid als beginsel van de minste pijn. Gaat men van deze opvatting uit dan is het beginsel geen geschikte basis voor de hier bedoelde eis.

6.10 De eis van een passende mate van openbaarheid betreft de tijdige en adequate bekendmaking van het beschikbare recht, de verdeelprocedure en verdeelcriteria, alsmede de formulering van die criteria (punt 6.5). In de nationale rechtspraak wordt voor deze eisen geen specifieke rechtsgrondslag genoemd, ook al hanteren de Afdeling en het CBB in verband met de formulering van (en de verantwoording in

het licht van) de verdelingscriteria soms de term 'transparantie' (punt 4.19). In de literatuur wordt de eis van een passende openbaarheid in verband gebracht met transparantie, zij het dat Drahmann en Wolswinkel transparantie beschouwen als (niet meer dan) een verplichting die voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel, terwijl Prechal en Buijze deze vorm van transparantie zien als een onderdeel van een zich ontwikkelend algemeen Unierechtelijk transparantiebeginsel, dat nationaal erkend zou moeten worden (punt 5.8). De Hoge Raad hanteert ook de term transparantiebeginsel, zij het niet als algemeen rechtsbeginsel maar als beginsel van aanbestedingsrecht, dat op grond van het nationale recht ook kan gelden als het bestuur vrijwillig heeft gekozen voor de verlening van een schaars recht door middel van een aanbesteding (punt 4.17). Mede gelet op het voorgaande heb ik een sterke voorkeur om de eis van passende mate van openbaarheid te baseren op 'transparantie'. De link tussen transparantie en passende mate van openbaarheid is inhoudelijk evident. Deze keuze sluit aan bij het Unierecht. Bovendien acht ik geen van de bestaande beginselen van behoorlijk bestuur een geschikt vehikel voor de eis van een passende openbaarheid. De door de voorzitter gesuggereerde alternatieven, het verbod willekeur en zorgvuldigheid, schieten naar mijn opvatting te kort. Het verbod van willekeur, omdat dat verbod betrekking heeft op de materiële uitkomst van een verdelingsprocedure, terwijl 'transparantie' als formele procedure-eis aan die uitkomst vooraf gaat en weliswaar een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde is om een willekeurige uitkomst te voorkomen. Het zorgvuldigheidsbeginsel, omdat het als 'containerbeginsel' geen enkele indicatie biedt voor de formele eisen die aan de procedure gesteld moeten worden. De vraag die vervolgens moet worden beantwoord, is op welke wijze transparantie (als basis voor de eis van passende mate van openbaarheid) binnen het Nederlands bestuursrecht zou moeten worden erkend. In beginsel zie ik drie mogelijkheden. Erkenning van transparantie als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (Prechal, Buijze). Erkenning van transparantie als verplichting die onderdeel uitmaakt van het formele gelijkheidsbeginsel (Wolswinkel, Drahmann). Of, contextuele erkenning van transparantie als beginsel van verdelingsrecht.

6.11 Zoals in punten 5.4 en 5.5 aangegeven, hebben Prechal en Buijze erop gewezen dat transparantie zich langzaam maar zeker ontwikkelt tot een algemeen beginsel van Unierecht en dat het beginsel op enig moment ook als Nederlands beginsel zou moeten worden erkend, een pleidooi waarbij ik mij in gezamenlijke publicaties met hen heb aangesloten. Hoewel ik nog

<sup>154</sup> Zo ook Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2014, p. 329 en R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p.419-420.



steeds van mening ben dat transparantie zich inderdaad ontwikkelt tot een algemeen beginsel van Unierecht, acht ik die ontwikkeling — bij nader inzien — op dit moment onvoldoende ver gevorderd om tot die stap te besluiten. Daarbij is van belang dat erkenning van transparantie als beginsel met een duidelijke inhoud en meerwaarde ten opzichte van bestaande beginselen en regels vooralsnog is beperkt tot — in de termen van Buijze (punt 5.5) — het terrein het van de homo economicus. Daaronder vallen overigens niet alleen de verlening van schaarse publieke rechten als beperking van artikel 49 en 56 VWEU en binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn, maar ook de beperking van de verdragsvrijheden in algemene zin en de besluitvorming op geregleerde markten als telecommunicatie (punt 3.2). Op terrein van de citizen speelt het transparantiebeginsel als toetsingsnorm voor overheidshandelen nog geen zelfstandige rol. Op het terrein van homo dignus worden zich ontwikkelende informatieplichten nog niet met zoveel woorden gerelateerd aan 'transparantie'. Daarom komt de erkenning als Nederlands algemeen beginsel van behoorlijk bestuur op dit moment te vroeg en zou zij verwachtingen kunnen wekken die niet worden waargemaakt. In dit verband ben ik het eens met de opvatting van Van Ommeren (punt 5.2), dat rechters bij de erkenning van een waarde als nieuw algemeen beginsel van behoorlijk bestuur "de weg van de geleidelijkheid" moeten volgen en dat deze erkenning dus beter "casus- of stapsgewijs" kan geschieden. De reden hiervoor is dat zij op grond van een of enkele zaken niet kunnen overzien welke consequenties die erkenning kan hebben in vele andere zaken, terwijl algemene rechtsbeginselen wel een hoge juridische status hebben en erkenning ervan zelfs tot een zekere spanning binnen de Trias kan leiden. Daarbij is van belang dat de juridische status van nationale algemene rechtsbeginselen in Nederland hoger is dan van algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde wetten in formele zin (bestuurswetgeving). In vaste rechtspraak sinds 1986 heeft de Hoge Raad immers bepaald dat dergelijke 'lagere' regels kunnen worden getoetst aan de algemene rechtsbeginselen,<sup>155</sup> een toetsing die exceptief ook kan worden verricht door de bestuursrechter bij de beoordeling van op die regels gebaseerde besluiten. Alleen wetten in formele zin kunnen vanwege het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet — dat ook geldt voor nationale algemene rechtsbeginselen — niet door de rechter worden beoordeeld in het licht van die algemene begin-

selen.<sup>156</sup> Gelet op deze status past bij de erkenning van een waarde als algemeen rechtsbeginsel of algemeen beginsel van behoorlijk bestuur inderdaad een zekere terughoudendheid en dient de rechter daartoe pas over te gaan als de inhoud van het beginsel in het geldend recht voldoende is uitgekristalliseerd en de meerwaarde ervan ten opzichte van bestaande beginselen duidelijk is. Buiten het terrein van de homo economicus is dat voor transparantie mijn inziens nog niet het geval. 6.12 Wolswinkel (punt 5.3) en Drahmann (punt 5.6) hebben ervoor gepleit om transparantie niet als zelfstandig beginsel te erkennen, maar slechts op te vatten als een 'verplichting' die voortvloeit uit en onderdeel is van het gelijkheidsbeginsel. Wolswinkel acht die verplichting niet meer dan een rechtstreeks gevolg van het gelijkheidsbeginsel. Voor Drahmann is voor deze keuze enerzijds van belang dat buiten het terrein van de verdeling van schaarse publieke rechten de betekenis van transparantie nog onvoldoende is uitgekristalliseerd. Binnen dat terrein verdient transparantie volgens haar niet de status van een beginsel omdat de verplichting (slechts) een instrumenteel karakter heeft, namelijk het waarborgen van gelijke behandeling van potentiële aanvragers. Met het eerste argument ben ik het, zoals in het vorige punt aangegeven, eens. Het tweede argument acht ik minder sterk, omdat ook wel in Nederland erkende formele beginselen van behoorlijk bestuur primair een instrumenteel karakter hebben. Zo eist het beginsel van zorgvuldige voorbereiding dat het bestuur bij het nemen van een besluit de nodige kennis vergaart over de relevante feiten en af te wegen belangen, opdat het vervolgens een besluit kan nemen waarin die belangen op correcte manier zijn afgewogen. Aldus is het beginsel instrumenteel aan de belangenafweging. Hetzelfde geldt voor het beginsel van een kenbare en draagkrachtige motivering, dat twee doelen dient, namelijk het bieden van inzicht in de wijze waarop het bestuur bij het nemen van een besluit de belangen heeft afgewogen en het faciliteren van controle op die besluitvorming door de rechter. Aldus is dit beginsel instrumenteel aan de belangenafweging en die controle. Hoewel ik het instrumentele karakter van transparantie dus niet een sterk zelfstandig argument acht om erkenning als rechtsbeginsel af te wijzen, kan ik op zich goed leven met de opvatting van Wolswinkel en Drahmann om transparantie slechts te benoemen als een 'verplichting' die onderdeel uitmaakt van het (formele) gelijkheidsbeginsel. Deze keuze sluit aan bij veel rechtspraak van het Hof, waarin transparantie wordt opgevat als 'een logisch uitvloeisel'

<sup>155</sup> Sinds HR 16 mei 1986 (*Landbouwwiegiers*), ECLI:NL:HR:1986:AC9354.

<sup>156</sup> HR 14 april 1989 (*Harmonisatiewet*), ECLI:NL:HR:1989:AD5725.

van het gelijkheidsbeginsel en inderdaad vaak wordt gelabeld als 'verplichting'. Bovendien past deze keuze bij de hiervoor in punt 6.12 bepleitte terughoudendheid die de rechter zou moeten betrachten bij de erkenning van nieuwe beginselen van behoorlijk bestuur. Tegelijkertijd is echter ook gesignaleerd dat transparantie door het Hof in de context van de verdeling van schaarse publieke rechten ook vaak wordt aangeduid als 'beginsel' en kan de vraag worden opgeworpen of de opvatting van Wolswinkel en Drahmman niet wat te conservatief is. Daarmee ben ik aangeland bij de derde optie.

6.13 De derde optie betreft de contextuele erkenning van transparantie als beginsel van verdelingsrecht bij de verlening van schaarse publieke rechten. Deze optie wordt in de bestuursrechtelijke literatuur niet vaak besproken. Toch zijn er drie redenen waarom deze optie mijns inziens aantrekkelijk is. In de eerste plaats sluit zij aan bij de rechtspraak van het Hof, waarin, als gezegd, transparantie in de context van de verdeling van schaarse rechten ook vaak wordt aangeduid als 'beginsel'. Dat doet het Hof ook op andere terreinen waar de homo economicus actief is, bijvoorbeeld bij de beperking van de verdragsvrijheden. Naar ik vermoed (maar niet zeker weet) zal transparantie zich in het Unierecht op enig moment ook buiten de economische context verder ontwikkelen volgens de lijnen die Prechal en Buijze hebben geschetst. Mocht dat inderdaad gebeuren, dan kan door contextuele erkenning van transparantie als beginsel worden bereikt dat het Nederlands recht een aanknopingspunt heeft om op die ontwikkeling in te spelen. Aldus wordt ons recht door deze stap in gereedheid gebracht om, indien nodig, ook in de toekomst Europaproof te zijn. Deze contextuele erkenning past mijn inziens ook in de door Van Ommeren bij de erkenning van algemene rechtsbeginselen voorgestane "weg van de geleidelijkheid" (punt 6.12). In de tweede plaats – en daarmee sluit ik aan bij Buijze (punt 5.5) – kwalificeert transparantie gelet op inhoud ervan (binnen de hier bedoelde context) mijns inziens als een rechtsbeginsel.<sup>157</sup> Volgens veel rechtstheoretische literatuur is kenmerkend

voor een rechtsbeginsel een zekere vaagheid, abstractie en flexibiliteit, maar ook een zeker gewicht. Dat gewicht betreft het beginsel zelf en de waarden of belangen waaraan het instrumenteel is.<sup>158</sup> Typisch voor een rechtsbeginsel is dat het geen uitkomst dicteert, maar een oplossingsrichting biedt die in meer of mindere mate kan worden bereikt.<sup>159</sup> Op deze punten onderscheiden rechtsbeginselen zich conceptueel van 'regels', die veelal een concreet alles-of-niets-karakter hebben en de oplossing van een geschil dicteren.<sup>160</sup> Gaat men uit van deze tweedeling tussen beginselen en regels – en de meeste literatuur doet dat ook al wordt de strikte scheiding tussen beide wel gerelativeerd<sup>161</sup> – dan past de kwalificatie van transparantie als 'beginsel' beter dan die als 'verplichting'. Die laatste aanduiding suggereert een mate van concreetheid die eigen is aan een 'regel', terwijl de op grond van transparantie gestelde eis van 'passende openbaarheid' vaag en flexibel is en een oplossingsrichting biedt die afhankelijk van de omstandigheden van het geval verschillend kan worden ingevuld. Voor de (rechterlijke) erkenning van een waarde als rechtsbeginsel is vervolgens van belang de mate waarin zij in het geldend recht (wetgeving, rechtspraak, beleid) al wordt gerealiseerd.<sup>162</sup> Dit biedt ook indicatie voor het gewicht ervan. Gelet op hetgeen in paragraaf 3 en 4 is gesteld, kan van transparantie in elk geval binnen context van de verdeling van schaarse rechten worden gesteld, dat deze realisatie in het Europese en nationale recht zo ver is voortgeschreden, dat zij binnen die context voor erkenning als rechtsbeginsel in aanmerking komt. In de derde en laatste plaats is contextuele erkenning van transparantie als beginsel aantrekkelijk vanwege de afstemming op de civiele rechtspraak. Zoals hiervoor is gesignaleerd wordt transparantie door de Hoge Raad erkend als beginsel van aanbestedingsrecht, en kan dat beginsel op grond van de in de precontractuele fase geldende Nederlandse maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook gelden buiten de reikwijdte van het gereuleerde aanbestedingsrecht. Of het beginsel geldt, hangt bij een private aanbesteding af van de aanbestedingsvoorwaarden en de verwachtingen die de aanbidders op grond daar-

<sup>157</sup> Voor het navolgende heb, behalve van Buijze 2013, kennisgenomen van A. Soeteman, *'Hercules aan het werk. Over de rol van rechtsbeginselen in het recht'*, AAe 1991, afl. 10, p. 28-40; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006 (second edition), p. 1-7; M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, nr. 13, Amersfoort: Sdu Juridisch 2009, p. 55-80, en – via hen – van de opvattingen van R. Dworkin (in *Taking rights seriously*, Cambridge (MA): Harvard University Press 1978, en *Law's empire*, Cambridge (MA), Harvard University Press (1986), en H. Ávila (*Theory of Legal Principles*, Dordrecht: Springer 2007). Hoewel ik daarmee zeker niet alle literatuur over dit onderwerp heb gelezen, is het navolgende naar mijn indruk niet omstreken.

<sup>158</sup> Ávila 2007, 28; Buijze 2013, p. 66.

<sup>159</sup> Dworkin 1978, p. 24 e.v.; Soeteman 1991, p. 30-31; Ávila 2007, p. 9; Pauwels 2009, p. 67 e.v.; Buijze 2013, p. 65-66.

<sup>160</sup> Volgens Tridimas 2006, p. 2, beantwoorden regels 'the question of what' en rechtsbeginselen de 'question of why'. Zo ook: Buijze 2013, p. 71.

<sup>161</sup> Vgl. Soeteman 1991, p. 33, die het door Dworkin gemaakte strikte onderscheid tussen beginselen en regels relativeert, maar een graduëel onderscheid tussen een "wat vager ideaal aan de ene kant" (rechtsbeginselen), en "een concreet gedragsvoorschrift aan de ander kant" (regels) wel accepteert.

<sup>162</sup> Dworkin 1978, p. 33 e.v. en 1986, p. 247 e.v. spreekt in dit verband van de dimensie van passendheid of 'fit'.

van redelijkerwijs mochten hebben. Vanwege de contractsvrijheid kan de toepasselijkheid van het beginsel bovendien worden uitgesloten. Dat neemt echter niet weg dat, als de aanbidders op grond van die voorwaarden mochten verwachten dat het beginsel zou worden nageleefd, transparantie in de civiele rechtspraak geldt als beginsel en niet slechts als een verplichting. Analooq hieraan zou de bestuursrechter transparantie contextueel, namelijk in de context van de verdeling van schaarse publieke rechten, kunnen erkennen. Als mogelijk tegenargument tegen de erkenning van transparantie als beginsel in de context van de verdeling van schaarse publieke rechten zal wellicht worden aangevoerd dat een dergelijke contextuele erkenning in het bestuursrecht ongebruikelijk is, omdat daarin het concept van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt toegepast. Hiertegen kan worden aangevoerd dat thans erkende beginselen van behoorlijk bestuur aanvankelijk soms ook eerst contextueel zijn erkend. Als voorbeeld kan worden gewezen op het eerste in 1935 door een bestuursrechter erkende algemene beginsel van rechtszekerheid, dat in de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep alleen contextueel werd erkend,<sup>163</sup> namelijk als “algemeen rechtsbeginsel, hetwelk zodanig aantasting [met terugwerkende kracht – RW] van hetgeen rechtmatig is verworven, verbiedt”. Pas in latere jaren heeft dit beginsel zich ontwikkeld tot het nu bekende rechtszekerheidsbeginsel, waaruit ook vele andere normen voortvloeien. Iets dergelijks geldt ook voor het formele zorgvuldigheidsbeginsel. Dit beginsel heeft zich in de loop der tijd ontwikkeld tot een ‘containerbeginsel’, waaruit een groot aantal bestuurlijke normen wordt afgeleid over het feitenonderzoek, het horen van belanghebbenden, de inschakeling van adviseurs, het informeren van de burger, de (collegiale) besluitvorming et cetera.<sup>164</sup> Niettemin is het door de rechtspraak op enig moment in een specifieke context erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, zonder dat al die normen toen al duidelijk waren.

6.14 Voor contextuele erkenning van transparantie als beginsel geldt wel als voorwaarde dat de eisen die eruit voortvloeien binnen die context voldoende duidelijk zijn en dat het beginsel binnen die context een meerwaarde heeft. Beide punten zijn hiervoor al grotendeels besproken. De eisen die uit het transparantiebeginsel in de context van de verdeling van schaarse vergunningen voortvloeien zijn gerelateerd aan het

concept ‘passende mate van openbaarheid’. Dit concept betreft de tijdigheid, de bekendmaking en de formulering van de beschikbare rechten, de verdelingsprocedure en de toe passen criteria (punt 6.5), eisen die ook een plaats hebben in de Unierechtelijke definitie van het beginsel, een definitie die door de Hoge Raad is omarmd. Het beginsel heeft een duidelijke meerwaarde boven de alternatieven die de voorzitter noemt, het zorgvuldigheidsbeginsel en willekeur (punt 6.10). Het beginsel is, zoals hiervoor al opgemerkt, instrumenteel aan het realiseren van en de controle op de naleving van het formele gelijkheidsbeginsel, maar dat lijkt mij, zoals aangegeven in punt 6.12, niet problematisch voor de erkenning ervan. 6.15 Het voorgaande leidt mijn inziens tot een inzichtelijk systeem van rechtsgrondslagen. De rechtsnorm om bij de verdeling van schaarse vergunning reële mededinging te garanderen, en de eisen dat het bestuur de verdelingscriteria gelijkmatig toepast en daarvan in het individuele geval niet kan afwijken, en dat het, nadat het de keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure bekend heeft gemaakt, niet meer kan overstappen op een andere procedure, worden alle gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel. De eis dat een schaarse vergunning in beginsel niet voor onbepaalde tijd kan worden verleend, wordt gebaseerd op het materiële gelijkheidsbeginsel. Ter realisering van de mededingingsrechtsnorm moet het bestuur een passende mate van openbaarheid garanderen met betrekking tot het beschikbare recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de verdelingscriteria. Al deze eisen zijn gebaseerd op het voorsnag alleen in de context van het verdelingsrecht te erkennen beginsel van transparantie.

6.16 Ten slotte, de hier bepleite rechtsgrondslagen voor de te onderscheiden eisen, zeggen niet altijd alles over de door de rechter te kiezen vernietigingsgrond in het geval van schending ervan. Het is bekend dat bij de bestuursrechters een zekere voorkeur bestaat om een vernietiging te baseren op een formeel beginsel (zorgvuldigheid, motivering). Die voorkeur blijkt ook uit de klassieke uitspraak van het CBB in de zaak *Swiss Leisure Group* (punt 4.3), waarin de op – het formele zorgvuldigheidsbeginsel gebaseerde – mededingingsrechtsnorm is geschonden, maar het bestreden besluit niettemin wordt vernietigd wegens het ontbreken van een deugdelijke motivering, omdat niet duidelijk is geworden of op die rechtsnorm wellicht een uitzondering had kunnen worden gemaakt. Deze voorkeur ziet men ook in de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Schindler* (punt 4.13), waarin zij van mening is dat de minister de op het Unierecht gebaseerde mededingingsrechtsnorm heeft geschonden, maar

163 CRvB 31 oktober 1935, ARB 1936, p. 168.

164 Zie reeds P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Kluwer: Deventer 1990, p. 332-342, p. 369-371. Vgl. ook L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht*, Deel 1, Den Haag: Bju 2013, p. 355-387, en Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2014, p. 287-294, en p. 328.

de vernietiging niettemin baseert op schending van het motiveringsbeginsel, omdat – in mijn woorden – de minister niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij die norm niet heeft geschonden. Deze voorkeur voor een formele vernietigingsgrond heeft primair te maken met rechterlijke strategie in het licht van de verhouding tussen bestuur en rechter, maar zegt – volgens mij – weinig over de rechtsgrondslag van de in beide zaken geschonden mededingingsrechtsnorm. Dat is volgens het CBB in Swiss Leisure Group het formele zorgvuldigheidsbeginsel, volgens de Afdeling in Schindler het Unierecht, en volgens mij het formele gelijkheidsbeginsel.

#### *Uitzonderingen*

6.17 Aangezien de rechtsnorm om bij de verdeling van schaarse vergunningen aan (potentiële) gegadigden reële mededingingsruimte te garanderen mijn inziens is gebaseerd op het (formele) gelijkheidsbeginsel, impliceert een uitzondering op die rechtsnorm een beperking van dat beginsel. Binnen het toepassingsgebied van het Unierecht – in elk geval in het kader van artikel 49 en 56 VWEU, maar waarschijnlijk ook binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn – is beperking alleen mogelijk als zij wordt gerechtvaardigd door een verdragsexceptie (openbare orde, volksgezondheid, openbaar gezag) of een dwingende reden van algemeen belang (zoals consumentenbescherming, fraudebestrijding en milieubescherming) en de beperking proportioneel (geschikt en noodzakelijk) is met het oog op die exceptie of reden. In de rechtspraak van het Hof zijn tot nu toe twee situaties aan de orde gekomen, waarin de het Hof op basis van deze beoordeling een beperking van het bieden van mededingingsruimte en het daartoe betrachten van een passende mate van openbaarheid toestaat (punt 3.8), namelijk in de situatie van de zaak *CASTA*, waarin de onderhandse gunning van het verrichten van medische vervoersdiensten aan vrijwilligersorganisaties gerechtvaardigd kon worden door de doelstellingen van solidariteit en kostenefficiëntie, en in die van de zaak *Betfair*, indien een exclusieve vergunning wordt verleend aan een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of aan een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle uitoefent. De laatste uitzondering is vermoedelijk geïnspireerd door de in het gereguleerde aanbestedingsrecht onder voorwaarden geaccepteerde uitzondering op een openbare aanbesteding van diensten in geval van inbesteding of quasi-inbesteding (punt 3.8). Deze oriëntatie op het gereguleerde aanbestedingsrecht geldt in meer algemene zin voor de rechtspraak van het Hof over de grenzen die

de artikelen 49 en 56 VWEU stellen aan de verlening van schaarse rechten en vermoedelijk ook bij de verlening schaarse dienstenvergunningen binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Daarom is het denkbaar dat ook andere in het gereguleerde aanbestedingsrecht toegestane beperkingen op een openbare aanbesteding op enigerlei wijze zullen doorwerken in de rechtspraak over deze verdragsvrijheden en de Dienstenrichtlijn. Daarbij gaat in de eerste plaats om het geval van uniciteit, waarin vaststaat dat een bepaalde dienst alleen kan worden verricht door een bepaalde ondernemer (punt 3.2). Binnen het gereguleerde aanbestedingsrecht wordt deze uitzondering overigens beperkt tot artistieke of technische uniciteit, maar het is mogelijk dat het Hof in het kader van artikel 49 en 56 VWEU en de Dienstenrichtlijn een wat ruimere koers zal varen. In de tweede plaats is in het gereguleerde aanbestedingsrecht beperking mogelijk in geval van dwingende, onvoorziebare spoed. Ook deze uitzondering zou in het kader van artikel 49 en 56 VWEU en de Dienstenrichtlijn een rol kunnen spelen, zij het dat ik – met Wolswinkel (punt 5.3) – verwacht dat bij schaarse vergunningen, die iets toestaan dat anders verboden zou zijn, het belang van dwingende spoed zelden (of nooit) zal prevaleren boven het belang van het bieden van reële en gelijke mededingingsruimte.

6.18 Binnen het toepassingsgebied van het Unierecht is de nationale rechter gebonden aan de uitzonderingsgronden die het Hof heeft geaccepteerd (en nog zal accepteren). Veel schaarse vergunningen (onthefingen voor zondagopenstellingen, niet-economische schaarse vergunningen) worden echter niet door het Unierecht bepaald. Voor deze vergunningen geldt die gebondenheid niet en kan de nationale rechter in beginsel een ruimere koers varen. In de eerste plaats geldt voor een uitsluitend op het nationale ongeschreven recht gebaseerde mededingingsrechtsnorm dat deze moet wijken of kan worden beperkt als en voor zover het formeel-wettelijk kader voor de verlening van de (schaarse) vergunning zelf of het formeel-wettelijk kader van andere vergunningen die voor de realisering van de te vergunnen activiteit relevant zijn, zich tegen de toepassing ervan verzet. Zoals aangegeven in punt 6.11 geldt het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet immers ook voor nationale algemene beginselen en dus ook voor de op het nationale gelijkheidsbeginsel gebaseerde rechtsnorm. In dit verband kan bijvoorbeeld de vraag worden opgeworpen of het thans geldende wettelijke stelsel van de ruimtelijke ordening en het daarin geldende criterium van een 'goede ruimtelijke ordening' wel geschikt is om de mededingingsrechtsnorm te realiseren. Op dit punt kom ik in

punt 7.4 terug in verband met de specifieke situatie in de onderhavige zaak. In de tweede plaats kunnen de uitzonderingen die het Hof accepteert op de Unierechtelijke plicht om mededingingsruimte te bieden, in louter nationale context ruimer worden ingevuld. Daarbij denk ik niet zozeer aan de uitzondering wegens dwingende, onvoorzienbare spoed, omdat ook in een louter nationale context, zoals hiervoor aangegeven, het belang van dwingende spoed zelden een goede reden zal zijn om een schaarse vergunning, die iets toestaat wat anders verboden zou zijn, zonder het bieden van mededingingsruimte te verlenen. Maar wellicht heb ik gebrek aan fantasie. Wel zou de uitzonderingsgrond van uniciteit ruimer kunnen worden toegepast dan althans is toegestaan in het gereguleerde aanbestedingsrecht (artistieke of technische uniciteit), en kan — in lijn met de rechtspraak van het CBB (punt 4.3) — een uitzondering worden toegestaan wanneer op grond van de omstandigheden van het geval bij voorbaat vaststaat dat slechts één aanvraag aan de wettelijke vergunningsvoorwaarden kan voldoen. Andere specifieke uitzonderingen op de mededingingsrechtsnorm komen in de literatuur en de rechtspraak niet aan de orde, maar kunnen voortvloeien uit de algemeen mogelijk geachte beperkingen op het gelijkheidsbeginsel.<sup>165</sup> In de rechtspraak van de bestuursrechters ziet men op dit punt twee benaderingen. Vaak volstaan zij (vooral de Afdeling) met een toetsing op vergelijkbaarheid.<sup>166</sup> In dat geval wordt beoordeeld of en in hoeverre de te vergelijken gevallen juridisch en/of feitelijk vergelijkbaar zijn, een beoordeling die in de praktijk meestal leidt tot de afwijzing van het beroep op het beginsel omdat tussen twee situaties vaak wel enig verschil bestaat. In andere zaken vindt een wat subtielere toets plaats en wordt beoordeeld of voor een verschil in behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.<sup>167</sup> De laatste benadering is geïnspireerd door het Unie- en internationale recht (vooral het EVRM). Op grond daarvan kan zo'n rechtvaardiging, kort gezegd, worden ontleend aan het algemeen belang of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en moet het verschil bovendien evenredig zijn met het algemeen belang of die rechten.<sup>168</sup>

## 7. *Zaaksspecifieke aspecten*

7.1 In het verzoek om conclusie heeft de voorzitter mij gevraagd om ook in te gaan op de vraag hoe de — naar mijn opvatting inderdaad bestaande (punt 6.2) — rechtsnorm ertoe strekken- de dat het bestuur bij de verlening van schaarse vergunningen aan (potentiële) gegadigden reële mededingingsruimte moet bieden, zich verhoudt tot de wijze waarop de verlening van de exploitatievergunning in de VSV 2008 is vormgegeven. Daarbij wijst hij er op dat de VSV “zo is vormgegeven dat uit overwegingen van algemeen belang, zoals openbare orde, en planologische overwegingen op voorhand slechts één locatie geschikt is”, dat “de ruimtelijke besluitvorming, waarbij belanghebbenden de gelegenheid hebben gehad hun belangen aan de orde te stellen, reeds is afgerond”, en dat “het pand op die ene geschikte locatie eigendom is van een particuliere ondernemer, die beslist met welke onderneming hij een overeenkomst wil aangaan, waardoor de keuze aan wie de vergunning wordt verleend, gelet op de voorwaarde aantoonbaar te kunnen beschikken over de ruimte, feitelijk niet aan het bestuursorgaan wordt gelaten”. Hierna bespreek ik deze elementen.

7.2 Op grond van artikel 2, eerste lid, onder b, VSV 2008 is de burgemeester bevoegd voor maximaal één speelautomatenhal een exploitatievergunning te verlenen. Artikel 2, tweede lid, van de verordening bepaalt dat de vergunning kan worden verleend voor een speelautomatenhal gevestigd in het gebied zoals aangegeven op de bij de verordening behorende en als zodanig gewaarmerkte kaart. Het gebied dat op die kaart is aangewezen omvat het Veerplein en één aansluitend blok bebouwing begrensd door de Waalstraat, de Kuiperstraat en het Liesveld. Het pand Veerplein 134 ligt binnen het aangewezen gebied. Binnen het aangewezen gebied zijn ook andere panden aanwezig. Tussen partijen is in geding of een daarvan een serieus alternatief is voor de vestiging van een speelautomatenhal in het pand Veerplein 134 (al dan niet als onderdeel van een leisure-concept). Op dit punt volsta ik met de volgende opmerkingen. De aanwijzing van een gebied in de gemeentelijke verordening, waarbinnen een vergunning voor een speelautomatenhal kan worden verleend, is op zichzelf niet een besluit waarbij mededinging aan de orde is. Uit de rechtspraak van het CBB kan worden afgeleid dat een verordening kan voorzien in een maximum aantal speelautomatenhallen van één, maar dat de verordening niet één (of meer) concrete locatie(s) mag aanwijzen waar een speel-

<sup>165</sup> Vgl. Gerards 2002, p. 513-661; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 423-425; Damen e.a. 2013, p. 63-65; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2014, p. 322-324.

<sup>166</sup> Gerards 2002, p. 552-555.

<sup>167</sup> Schlössels & Zijlstra 2010, 423-424; Damen e.a. 2013, p. 65.

<sup>168</sup> Zie bijv. art. 52, eerste lid, Handvest voor de grondrechten van de EU.



automatenhal is toegestaan.<sup>169</sup> De gemeenteraad heeft op grond van de Wet op de Kansspelen namelijk alleen de bevoegdheid om algemene regels vast te stellen en in dat geval zou – volgens het College – de raad de grenzen van die regelgevende bevoegdheid overschrijden. Of dit in de onderhavige zaak het geval is, laat ik in het midden omdat deze kwestie op zich niet te maken heeft met de mededingingsrechtsnorm, waarover deze conclusie gaat, maar met de grenzen van de regelgevende bevoegdheid. In zijn verzoek om conclusie constateert de voorzitter dat de “verordening zo is vormgegeven dat uit overwegingen van algemeen belang, zoals openbare orde, en planologische overwegingen op voorhand slechts één locatie geschikt is”, zonder daarna in het licht van de hiervoor vermelde rechtspraak van het CBB consequenties te verbinden. Daaruit zou men kunnen afleiden dat hij van oordeel is dat deze rechtspraak voor de zaak geen consequenties heeft omdat het feit dat slechts één locatie geschikt is voor vestiging van de speelautomatenhal niet (zozeer) wordt veroorzaakt door de gebiedsaanwijzing in de bij de verordening behorende kaart, maar (veeleer) door de besluitvorming in het ruimtelijke spoor. Op de betekenissen van die besluitvorming ga ik hierna in.<sup>170</sup>

7.3 Artikel 6, eerste lid, aanhef en onder i, van de VSV 2008 bepaalt dat een exploitatievergunning wordt geweigerd als de exploitatie of vestiging van een speelautomatenhal strijd oplevert met het geldende bestemmingsplan of een beheersverordening, dan wel een stadsvernieuwingplan of leefmilieuverordening in de zin van de Wet op de stads- en dorpsvernieuwing. De locatie waar een speelautomatenhal gevestigd kan worden, wordt dus niet alleen beperkt door het in de verordening aangewezen gebied, maar ook door de mogelijkheden die een bestemmingsplan biedt. Deze weigeringsgrond is vermoedelijk ontleend aan artikel 6 van de Modelspeelautomatenverordening van de VNG. De grond beoogt te voorkomen dat op basis van de verordening een exploitatievergunning moet worden verleend, terwijl het college van burgemeester

en wethouder later op grond van strijd met het bestemmingsplan tegen de vestiging moet optreden.<sup>171</sup> Het planologische regime dat ten tijde van de vaststelling van de VSV 2008 van kracht was, voorzag niet in de vestiging van een speelautomatenhal in het gebied dat op de kaart behorende bij de verordening is aangewezen als gebied waarbinnen één exploitatievergunning voor een speelautomatenhal kan worden verleend. Daarom was een wijziging van het planologisch regime vereist voordat een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal kon worden verleend. Een dergelijke wijziging kan door vaststelling van een bestemmingsplan of door (destijds) het nemen van een projectbesluit als bedoeld in artikel 3.10 van de Wet ruimtelijke ordening. Thans, onder het regime van de Wabo, geschiedt de afwijking door verlening van een omgevingsvergunning voor gebruik in afwijking van een bestemmingsplan als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c, Wabo. In de onderhavige zaak is de planologische toestemming verleend naar aanleiding van een aanvraag van Green Retail House B.V. om een projectbesluit te nemen. Dit projectbesluit strekt ertoe de vestiging van een leisurecentrum, waarvan een speelautomatenhal onderdeel uitmaakt, in afwijking van het bestemmingsplan mogelijk te maken in het pand Veerplein 134. In het nadien vastgestelde bestemmingsplan “Stadshart” hebben de gronden gelegen binnen het in de verordening aangewezen gebied de bestemmingen “Centrum”, “gemengd” en “Verkeer” gekregen. De bestemmingen “Gemengd” en “Verkeer” voorzien niet in een speelautomatenhal. Gronden met de bestemming “Centrum” en de functieaanduiding ‘cultuur en ontspanning’ zijn bestemd voor een bioscoop, een amusementscentrum, sportieve voorzieningen en horeca tot en met categorie 3 van de bij de regels behorende Staat van horeca-activiteiten, en maken de vestiging van een speelautomatenhal mogelijk. De bestemming “Centrum”, in combinatie met de functieaanduiding ‘cultuur en ontspanning’ is in het plan alleen toegekend aan de gronden Veerplein 134. Tegen het projectbesluit en tegen het bestemmingsplan zijn geen zienswijzen ingediend en is geen beroep ingesteld, ook niet door appellante. Uit het voorgaande blijkt dat als gevolg van de definitief geworden besluitvorming in het ruimtelijke spoor de speelautomatenhal alleen kan worden gevestigd op de locatie Veerplein 134, en dat appellante geen juridische actie heeft ondernomen om dit te voorkomen. Dit

169 BB 6 maart 1990, ECLI:NL:CBB:1990:AN1041; CBB 26 januari 2000, ECLI:NL:CBB:2000:ZG1740; CBB 4 oktober 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AF0388; CBB 12 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY1559.

170 Ik ga hierna uit van het geldend ruimtelijk recht in de context van de onderhavige zaak en doe geen uitspraak over de vraag of het wenselijk is dat procedures in het ruimtelijk recht (en andere onderdelen van het omgevingsrecht) zodanig zouden moeten worden aangepast dat competitieve verdeling en transparantie daarin een plaats krijgen. Zie over deze vraag Drahmann 2015, p. 233-260, Struiksma & M.A.M. Dieperink, ‘Schaarse rechten en ruimtelijk beleid’, in: Van Ommeren e.a. 2011, p. 115-133, en H.F.M.W. van Rijswijk, ‘De verdeling van schaarse waterrechten’, in: Van Ommeren e.a. 2011, p. 133-155.

171 Aldus de toelichting op artikel 6 Modelspeelautomatenverordening. Het gebruik of laten of laten gebruiken van gronden en bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan is op grond van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c, Wabo, verboden.

roept twee vragen op. In de eerste plaats, in hoeverre binnen dit spoor de mededingingsbelangen van appellante een rol hadden kunnen spelen en, in de tweede plaats en in het verlengde daarvan, of appellante moet worden afgerekend op het feit dat hij geen juridische actie heeft ondernomen.

7.4 Wat betreft de eerste vraag kan voorop worden gesteld dat op grond van de Wro en de Wabo het bevoegd gezag bij het nemen van een projectbesluit, het vaststellen van een bestemmingsplan of het verlenen van een omgevingsvergunning voor gebruik in afwijking van een bestemmingsplan moet beoordelen of de beoogde ontwikkeling uit oogpunt van een 'goede ruimtelijke ordening' op een bepaalde plaats kan worden toegestaan.<sup>172</sup> Bij een projectbesluit geldt bovendien dat het bevoegd gezag het project zoals dat is aangevraagd als uitgangspunt dient te nemen. Indien een project op zichzelf aanvaardbaar is, kan het bestaan van alternatieven slechts dan tot het onthouden van medewerking nopen, indien op voorhand duidelijk is dat door verwezenlijking van de alternatieven een gelijkwaardig resultaat kan worden bereikt met aanmerkelijk minder bezwaren vanuit een goede ruimtelijke ordening.<sup>173</sup> De omstandigheid dat een speelautomatenhal uit oogpunt van een goede ruimtelijke ordening aanvaardbaar is op een bepaalde locatie sluit niet uit dat uit oogpunt van een goede ruimtelijke ordening ook andere locaties geschikt kunnen zijn. Het is vaste rechtspraak van de Afdeling dat concurrentieverhoudingen bij een planologische belangenafweging in beginsel geen in aanmerking te nemen belang vormen.<sup>174</sup> Mededingingsaspecten spelen in de rechtspraak van de Afdeling evenmin een rol bij de beoordeling van bestemmingen en planregels waarbij een bepaald gebruik wordt toegestaan dat in het plan zelf aan een maximum is gebonden of dat op grond van een andere regeling (zoals, in de onderhavige zaak, een speelautomatenverordening) aan een maximum is gebonden. Steeds staat – conform de wettelijke bepalingen – in de rechtspraak centraal de vraag of het gebruik en de regeling uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening op een bepaalde locatie al dan niet kan worden toegestaan, dan wel of uit het oogpunt van goede ruimtelijke ordening redenen bestaan een bepaalde functie in omvang of aantal te beperken. Ter onderbouwing vermeld ik een aantal uitspraken. In een uitspraak over een weigering om planologische vrijstelling te verlenen voor de vestiging van een speelautomaten-

hal in Nuland oordeelde de Afdeling dat het feit dat de aanvraag betrekking heeft op een locatie binnen een bij een verordening aangewezen gebied waar een speelautomatenhal gevestigd kan worden, niet betekent dat zonder meer planologische medewerking moet worden verleend.<sup>175</sup> In dat geval was de weigering – naar het oordeel van de Afdeling – terecht gebaseerd op de te verwachten parkeer- en geluidsoverlast. De Afdeling aanvaardt evenmin dat planologische medewerking aan de vestiging van een speelautomatenhal wordt geweigerd, omdat de benodigde exploitatievergunning niet is verleend. Zij oordeelt: "[b]ij zijn beoordeling of het project vanuit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening al dan niet aanvaardbaar is, kon het college derhalve niet volstaan met de vaststelling dat een exploitatievergunning ontbreekt".<sup>176</sup> Verder kan worden gewezen op de uitspraak van de Afdeling over het bestemmingsplan Stadshart van de gemeente Heerhugowaard,<sup>177</sup> waarin de vestiging van een speelautomatenhal op drie plaatsen was toegestaan, terwijl het gemeentelijk beleid slechts voorzag in de verlening van één exploitatievergunning. De Afdeling stelt voorop dat in de procedure "de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het plan wordt beoordeeld" en overweegt dat "[g]eleet op het beleid om slechts één speelautomatenhal binnen de gemeente mogelijk te maken [...] het niet onredelijk is om slechts een beperkt aantal locaties aan te wijzen waar een speelautomatenhal kan worden gevestigd". Dat de gemeenteraad ervan heeft afgezien om ook het perceel van appellant (mede) te bestemmen als speelautomatenhal acht de Afdeling op grond van ruimtelijke argumenten – vooral het voorkomen van functiemenging met een daar al gevestigde bioscoop – niet onredelijk. Ten slotte – maar dan verlaten we terrein van de speelautomatenhallen – acht de Afdeling planregelingen waarin is voorzien in een maximum stelsel, zoals de regeling dat maximaal 69 werkplekken voor raamprostitutie zijn toegestaan of een regeling waarin het maximum aantal horecavestigingen binnen een bepaald gebied zijn toegestaan, toegestaan, mits aan de beperking ruimtelijke motieven ten grondslag liggen.<sup>178</sup> Uit de rechtspraak blijkt dat de toekenning van een bestemming of de verlening van een omgevingsvergunning voor gebruik in afwijking van een bestemmingsplan (of, voorheen, een projectbesluit) wordt beoordeeld in het licht van het wettelijke criterium van een goede ruimtelijke ordening en dat mededingingsaspecten daar-

172 Zie art. 3.1 en 3.10, tweede lid, Wro, en art. 2.12, eerste lid, onder a, sub 3, Wabo.

173 ABRvS 21 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT2134.

174 ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:640.

175 ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3883.

176 ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3695.

177 ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:200.

178 ABRvS 9 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY7991; ABRvS 24 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4872.

binnen geen plaats hebben. Dat ligt ook voor de hand, omdat beide besluiten locatiegebonden besluiten zijn, die slechts bepalen dat een bepaalde functie op een bepaalde plaats is toegestaan, ongeacht wie de functie zal uitoefenen. Tegelijkertijd blijkt uit de rechtspraak ook dat in het geval de mogelijke exploitanten van een speelautomaatenhal deze zouden willen vestigen op verschillende locaties, de toepassing van het op zichzelf neutrale criterium van de goede ruimtelijke ordening de mededinging tussen hen feitelijk wel kan beïnvloeden, omdat de ene locatie in het licht van dat criterium nu eenmaal geschikter kan zijn dan de andere.

7.5 In de onderhavige zaak is niet sprake van verschillende locaties en betekent de ruimtelijke besluitvorming dat alleen op de locatie Veerplein 134 de functie speelautomaatenhal kan worden uitgeoefend (naast diverse andere functies), maar dat geen enkele uitspraak is gedaan over wie die functie kan uitoefenen. Beide besluiten staan er bijvoorbeeld niet aan in de weg dat appellante, mocht hij de exploitatievergunning op grond van de VSV 2008 hebben gekregen, deze functie zou uitoefenen. Daarom is het overigens ook niet bezwaarlijk dat appellante geen zienswijzen naar voren heeft gebracht en beroep heeft ingesteld tegen het ontwerp-projectbesluit en het ontwerp-bestemmingsplan. Voor zover hij belanghebbende was bij deze besluiten omdat hij in hetzelfde verzorgingsgebied kanspelautomaaten exploiteert, had hij met deze acties slechts kunnen bereiken dat de besluiten waren beoordeeld in het licht van een 'goede ruimtelijke ordening', en niet – wat hij beoogt – dat hij in het pand Veerplein 134 of op een andere locatie een speelautomaatenhal kan exploiteren. In dit verband is van belang dat appellante niet zozeer tegen de vestiging van de speelautomaatenhal op de locatie Veerplein 134 is, maar het bezwaarlijk acht dat niet hij maar Hommerson de speelautomaatenhal mag exploiteren. In het ruimtelijke spoor had hij dit punt echter niet aan de orde kunnen stellen. Wat hier verder van zij, aangezien beide besluiten definitief zijn geworden staat vast dat de speelautomaatenhal – zoals de voorzitter ook vaststelt – maar op één locatie kan worden gevestigd, namelijk de locatie Veerplein 134.

7.6 Daarmee ben ik aangeland bij het laatste zaaksspecifieke aspect. In artikel 3, eerste lid, onder c, van de VSV 2008 wordt bepaald dat de ondernemer een exploitatievergunning dient aan te vragen "onder overlegging van een verklaring waaruit blijkt dat hij gerechtigd is om over de ruimte te beschikken". Ook deze bepaling lijkt te zijn ontleend aan de Modelspeelautomaatenhalverordening van de VNG, en wel aan artikel 3, onder b. In die verordening wordt de bepaling als

volgt toegelicht.<sup>179</sup> "De verklaring waaruit blijkt dat de exploitant gerechtvaardigd over de ruimte beschikt waarin de speelautomaatenhal is gevestigd, is ongewijzigd gebleven in verband met de Wet BIBOB: gemeenten willen kunnen beoordelen of de hele organisatie, (dus ook de huisvesting) met betrekking tot het uitoefenen van een bedrijf als een speelautomaatenhal, op legale wijze geschiedt. De vestigingsruimte speelt hierbij een wezenlijke rol, aangezien hieruit de financiering van de hal kan worden afgeleid." Dat de verlening van een exploitatievergunning ook kan worden beoordeeld in het licht van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob) vloeit voort uit artikel 30e, derde lid, van de Wet op de Kansspelen. Dat het bestuur in dat kader ook duidelijkheid moet hebben over de ruimte waarin de speelautomaatenhal gevestigd zal worden, lijkt mij evident. De aanvraagvoorwaarde is vanuit die optiek dan ook gerechtvaardigd. Wel heeft zij, zoals de voorzitter terecht constateert, in de omstandigheden van het geval – waarin als gevolg van (vooral) de besluitvorming in het ruimtelijke spoor voor vestiging van de speelautomaatenhal maar één geschikte locatie bestaat, die eigendom is van een particuliere ondernemer, die beslist met welke onderneming hij een overeenkomst wil aangaan – tot gevolg dat de keuze aan wie de exploitatievergunning wordt verleend, feitelijk niet aan het bestuursorgaan wordt gelaten. De ondernemer (appellante), waarmee die eigenaar (Green Retail House) geen overeenkomst wil sluiten, kan immers geen volledige aanvraag indienen. Vanuit de optiek van de bestuurlijke rechtsplicht om aan (potentiële) gegadigden reële kansen te bieden om naar de schaarse vergunning mee te dingen, is deze situatie niet heel bevredigend. Tegelijkertijd is formeel niet sprake van overdracht van de publiekrechtelijke bevoegdheid om de exploitatievergunning te verlenen aan Green Retail House en is de uitkomst van de procedure als gevolg van de aanvraagvoorwaarde, als men het stellen hiervan gerechtvaardigd acht, ook niet in strijd met het (formele) gelijkheidsbeginsel. Wat betreft het voldoen aan de voorwaarde is de situatie van appellante immers niet vergelijkbaar met die van Hommerson, die wel een huurovereenkomst met Green Retail House heeft gesloten.

7.7 Niettemin heb ik nagedacht of het recht voor deze toch wel onbevredigende situatie een oplossing zou kunnen bieden, maar helaas tevergeefs. In het Europese aanbestedingsrecht heeft het Hof in de zaak *Ordine degli Architetti* in de enigszins vergelijkbare situatie dat eigenaar van een perceel de aanbestedingsplichtige werken in

<sup>179</sup> Vgl. de toelichting op artikel 3 van de modelverordening.

eigen beheer uitvoert, bepaald dat het bestuur de naleving van de voor het bestuur geldende verplichting om mededinging en transparantie te garanderen contractueel moet opleggen aan die eigenaar (punt 3.9). Een dergelijke constructie is in de onderhavige zaak niet mogelijk, onder (veel) meer omdat niet de eigenaar maar de exploitant op grond van de Wet op de Kansspelen vergunningplichtig is. Een tweede optie, die ik heb overwogen, is dat de voorwaarde, dat de aanvrager een verklaring moet overleggen waaruit blijkt dat hij gerechtigd is om over de ruimte te beschikken, in een geval als onderhavige waarin zij eraan in de weg staat dat het bestuur gelijke mededingingskansen garandeert, buiten toepassing wordt gelaten wegens strijd met gelijkheidsbeginsel. Dit staat enigszins op gespannen voet met de vaststelling dat de voorwaarde op zich rechtmatig is (zie het vorige punt), maar kan in deze situatie wellicht worden verdedigd, omdat de speelautomatenhal hoe dan ook in het pand Veerplein 134 moet worden gevestigd, zodat beide aanvragen wat betreft die vestiging voor de Bibob-toetsing niet van elkaar verschillen. Onder deze omstandigheden zou het argument van de Bibob-toetsing — in termen van beperking van het gelijkheidsbeginsel (punt 6.18) — geen voldoende rechtvaardiging bieden voor het stellen van de aanvraagvoorwaarde die op dit beginsel inbreuk maakt. Deze optie heeft echter tot gevolg dat de eigenaar van de locatie niet kan bepalen met wie hij de overeenkomst over het gebruik ervan als speelautomatenhal wil aangaan. Dat betekent een forse inbreuk op het beginsel van contractsvrijheid en holt de onderhandelingspositie van de eigenaar op — mijn inziens — onaanvaardbare wijze uit. Wat valt er immers te onderhandelen over de huurprijs voor de speelautomatenhal als tevoren vaststaat dat de ruimte slechts aan één ondernemer — de houder van de exploitatievergunning — kan worden verhuurd? Een dergelijke inbreuk op de contractsvrijheid lijkt mij alleen te rechtvaardigen als de wet daarvoor een grondslag biedt en voorziet in compenserende maatregelen, bijvoorbeeld op het punt van de huurprijs, kortom als sprake zou zijn van een gereguleerde markt. Nu dat niet het geval is, staat (ook) de contractsvrijheid — en dus de rechten van de eigenaar — eraan in de weg dat de aanvraagvoorwaarde buiten toepassing wordt gelaten. Anders gezegd, de beperking van het (formele) gelijkheidsbeginsel als grondslag voor de mededingingsrechtsnorm als gevolg van de aanvraagvoorwaarde, wordt — in termen van punt 6.18 — gerechtvaardigd door de contractsvrijheid van de eigenaar. Naar analogie valt in dit verband te wijzen op de opvatting van de Hoge Raad in de zaak *KLM* (punt 4.17), dat bij private

aanbestedingen (buiten de reikwijdte van het gereguleerde aanbestedingsrecht) de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie op grond van de contractsvrijheid kunnen worden uitgesloten. Mutatis mutandis heeft ook binnen het bestuursrecht te gelden dat in een situatie waarin in de omstandigheden van het geval de — op het ongeschreven gelijkheidsbeginsel gebaseerde — bestuurlijke verplichting om potentiële gegadigden reële en gelijke mededinging te garanderen botst met de contractsvrijheid van de eigenaar, die contractsvrijheid heeft te prevaleren boven die verplichting.

7.8 Uit het voorgaande blijken de beperkingen van een op uitsluitend nationaal ongeschreven recht gebaseerde mededingingsrechtsplicht bij locatieafhankelijke schaarse vergunningen, zoals de exploitatievergunning voor speelautomatenhallen. Het realiseren van die rechtsplicht kan worden beperkt door de regels van de ruimtelijke ordening, omdat toepassing van de op zichzelf neutrale toetsingsnorm van de 'goede ruimtelijke ordening' met zich kan brengen dat de hal maar op één locatie kan worden toegestaan. Vervolgens kan de contractsvrijheid van de eigenaar van de locatie in de weg staan aan het realiseren van die rechtsplicht. Wil men hieraan iets doen, dan moet de wetgever maatregelen treffen. De mogelijkheden van de rechter schieten volgens mij op dit punt te kort.

#### *Conclusie*

Gelet op het voorgaande concludeer ik over de in punt 2.2 opgeworpen vragen als volgt. Naar Nederlands recht bestaat er een rechtsnorm, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte wordt geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel, het beginsel van gelijke kansen. Deze rechtsnorm sluit, zolang de wettelijke voorschriften zich niet tegen een bepaalde vorm van verdeling verzetten, geen enkele verdelingsprocedure uit, ook niet de verdeling op volgorde van binnenkomst. Wel moet het bestuur ten einde het beginsel van gelijke kansen te realiseren een 'passende mate van openbaarheid' garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Deze eis wordt — in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Hoge Raad — bij voorkeur gebaseerd op een contextueel (in de context van de verdeling van schaarse publieke rechten) te erkennen nationaal beginsel van transparantie, maar kan ook worden gebaseerd op de uit het gelijkheidsbeginsel

voortvloeiende transparantieplichting. De eis van 'passende mate van openbaarheid' stelt specifieke eisen aan: — De tijdige verstrekking van de informatie: het bestuur moet voorafgaand aan het begin van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen over de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdeelprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Een impliciete keuze voor verdeling op volgorde van binnenkomst is in beginsel alleen mogelijk als de beschikbaarheid van de vergunning adequaat wordt bekendgemaakt voordat de aanvraagperiode begint. — De adequate bekendmaking van de informatie: adequaat betekent dat de informatie via een zodanig medium wordt bekendgemaakt dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Voor veel schaarse vergunningen betekent dat bekendmaking hiervan in een door de desbetreffende overheid elektronisch uitgegeven overheidsblad. In het geval van een impliciete keuze voor verdeling op volgorde van binnenkomst kan de beschikbaarheid van de schaarse vergunning ook geschieden door bekendmaking ervan op een website van de desbetreffende overheid. — De duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering van de verdeelregels: de formulering moet zodanig zijn dat aanvragers hun aanvraag hierop kunnen afstemmen. Uitwerking van de regels na afloop van het aanvraagtijdstip kan onder omstandigheden toelaatbaar zijn, mits daarbij niet wordt afgeweken van de verdeelregels. Als het bestuur de verdeelprocedure tijdig en adequaat heeft bekendgemaakt, gelden bij de toepassing ervan de volgende eisen. — Het bestuur moet de verdelingscriteria voor schaarse vergunningen gelijkmatig toepassen op alle aanvragen en mag daarvan in het individuele geval niet afwijken, ook niet als deze criteria zijn geformuleerd in een beleidsregel. Deze eis vloeit voort uit het formele gelijkheidsbeginsel. — Als het bestuur de keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure bekend heeft gemaakt, is het overstappen op een andere verdelingsprocedure niet meer mogelijk. Ook deze eis vloeit voort uit het formele gelijkheidsbeginsel. — Het bestuur kan schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd verlenen. Deze eis vloeit voort uit het materiële gelijkheidsbeginsel en voorkomt dat de 'uitverkoren' vergunninghouder onevenredig wordt bevoordeeld. Bij schaarse vergunningen voor een economische activiteit zijn afwijkingen van deze eis niet goed denkbaar. Bij andere schaarse vergunningen kan onder omstandigheden afwijking hiervan worden gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid. Een uitzondering op de bestuurlijke verplichting om bij de verdeling van schaarse vergunningen potentiële gegadigden op enigerlei wijze reële mededingingskansen te bie-

den, impliceert een beperking van het (formele) gelijkheidsbeginsel. Voor zover de verplichting voortvloeit uit het Unierecht is beperking alleen mogelijk als zij in voldoende mate wordt gerechtvaardigd door een dringende reden van algemeen belang. In louter nationale zaken kan de verwezenlijking van de verplichting om mededingingsruimte te garanderen worden beperkt door of afstuiten op het formeel-wettelijk kader van de schaarse vergunning zelf of door dat van andere vergunningen die voor de realisering van de te vergunnen activiteit nodig zijn. Bij locatiegebonden activiteiten kunnen beperkingen bijvoorbeeld voortvloeien uit de ruimtelijke wetgeving. Verder zijn beperkingen van de verplichting mogelijk voor zover zij in voldoende mate kunnen worden gerechtvaardigd door een algemeen belang of de bescherming van de rechten van andere burgers, bijvoorbeeld — in het geval van een locatiegebonden activiteit — door de contractsvrijheid van de eigenaar van de locatie. Ten slotte kan op de verplichting een uitzondering worden gemaakt als bij voorbaat vaststaat dat slechts één aanvraag aan de verdelingscriteria voldoet (uniciteit).

### Procesverloop

Bij besluit van 19 december 2012 heeft de burgemeester aan de besloten vennootschap Hommerson Leisure Vlaardingen B.V. (hierna: Hommerson) een exploitatievergunning voor de duur van vijf jaar en een aanwezigheidsvergunning voor 200 kansspelautomaten met een geldigheidsduur tot en met 31 december 2012 verleend ten behoeve van een speelautomatenhal aan het Veerplein 132-134 te Vlaardingen.

Bij besluit van 28 december 2012 heeft de burgemeester een aanvraag van appellante voor een exploitatievergunning afgewezen.

Bij besluit van 15 januari 2013 heeft de burgemeester aan Hommerson een aanwezigheidsvergunning voor 200 kansspelautomaten met een geldigheidsduur tot en met 31 december 2013 verleend.

Bij besluit van 15 juli 2013 heeft de burgemeester de door appellante tegen voormelde besluiten gemaakte bezwaren ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 1 juli 2014 heeft de rechtbank het door appellante daartegen ingestelde beroep niet-ontvankelijk verklaard, voor zover gericht tegen de verlening aan Hommerson van de aanwezigheidsvergunningen met een geldigheidsduur tot en met 31 december 2012 en 31 december 2013 en het beroep voor het overige ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).



Tegen deze uitspraak heeft appellante hoger beroep ingesteld.

De burgemeester heeft een verweerschrift ingediend.

Hommerson heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 16 maart 2015, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. S.J. Nauta, advocaat te Barendrecht, en de burgemeester, vertegenwoordigd door mr. P.I.J. Eikelenboom en mr. M.J. de Groot, werkzaam bij de gemeente onderscheidenlijk advocaat te Rotterdam, zijn verschenen. Voorts is ter zitting Hommerson, vertegenwoordigd door gemachtigde en mr. J. Wassink, financieel directeur van Hommerson onderscheidenlijk advocaat te Den Bosch, gehoord.

De zaak is door een meervoudige kamer van de Afdeling verwezen naar een grote kamer.

De voorzitter van de Afdeling heeft staatsraad mr. R.J.G.M. Widdershoven (hierna: de staatsraad advocaat-generaal) verzocht om een conclusie, als bedoeld in artikel 8:12a van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 7 maart 2016, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. S.J. Nauta en mr. M.P.K. Grootenboer, beiden advocaat te Barendrecht, en de burgemeester, vertegenwoordigd door mr. M.J. de Groot, advocaat te Rotterdam, en mr. P.I.J. Eikelenboom, werkzaam bij de gemeente, zijn verschenen. Voorts is ter zitting Hommerson, vertegenwoordigd door mr. J.L. Vissers en mr. J. Wassink, advocaat te Kerkdriel onderscheidenlijk te Wijchen, gehoord.

De staatsraad advocaat-generaal heeft op 25 mei 2016 geconcludeerd (zaak ECLI:NL:RVS:2016:1421; hierna de conclusie).

Appellante, de burgemeester en Hommerson hebben gebruik gemaakt van de gelegenheid schriftelijk op de conclusie te reageren.

Vervolgens is het onderzoek gesloten.

## Overwegingen

### *Beschrijving van de zaak*

1. De gemeenteraad van Vlaardingen heeft met de vaststelling van de Verordening Speelautomaten Vlaardingen 2008 (hierna: de gemeentelijke verordening) de exploitatie van één speelautomatenhal in de gemeente mogelijk gemaakt. Appellante, die sinds ongeveer 1987 bij het college en de raad van de gemeente herhaaldelijk heeft geïnformeerd naar een dergelijke mogelijkheid, wil die speelautomatenhal exploiteren en heeft, evenals Hommerson, een aanvraag daarvoor ingediend.

De burgemeester heeft de exploitatievergunning aan Hommerson verleend en de aanvraag van appellante afgewezen. Appellante is het met beide beslissingen oneens. Ook tegen de voor de exploitatie benodigde aanwezigheidsvergunningen is appellante opgekomen.

### *Besluiten van de burgemeester*

2. Bij besluit van 19 december 2012 heeft de burgemeester aan Hommerson een exploitatievergunning verleend voor de duur van vijf jaar ten behoeve van een speelautomatenhal aan het Veerplein 132-134 te Vlaardingen. Bij hetzelfde besluit heeft de burgemeester aan Hommerson een aanwezigheidsvergunning voor 200 kansspelautomaten voor deze speelautomatenhal verleend met een geldigheidsduur tot en met 31 december 2012. Bij besluit van 16 januari 2013 heeft de burgemeester deze aanwezigheidsvergunning verleend met een geldigheidsduur tot en met 31 december 2013.

Bij besluit van 28 december 2012 heeft de burgemeester een aanvraag van appellante voor een exploitatie- en aanwezigheidsvergunning voor een speelautomatenhal aan het Veerplein 132-134 te Vlaardingen afgewezen omdat zij niet kon aantonen dat zij gerechtigd is over de ruimte te beschikken en omdat al vergunningen waren verleend aan Hommerson.

Tegen alle genoemde besluiten heeft appellante bezwaar gemaakt. De burgemeester heeft in het besluit op bezwaar appellante niet-ontvankelijk verklaard in haar bezwaar tegen de verlening van de aanwezigheidsvergunning met een geldigheidsduur tot en met 31 december 2012. Voor het overige heeft hij de bezwaren van appellante ongegrond verklaard. Hij heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat anders dan appellante heeft aangevoerd de gemeentelijke verordening niet onverbindend is wegens strijd met hogere regelgeving en algemene rechtsbeginselen. Op grond van de gemeentelijke verordening kan een vergunning voor een speelautomatenhal uitsluitend worden verleend, indien deze is gevestigd in het op de bij die verordening behorende kaart aangewezen gebied. Nu in dit gebied verscheidene panden zijn, vloeit uit de gebiedsaanwijzing als zodanig niet voort dat slechts voor één concreet perceel een exploitatievergunning kan worden verleend. De gemeentelijke verordening is daarom niet opgesteld met het doel te bewerkstelligen dat de exploitatievergunning slechts aan Hommerson kon worden verleend, aldus de burgemeester.

### *Uitspraak van de rechtbank*

3. De rechtbank heeft het beroep van appellante tegen dit besluit op bezwaar niet-

ontvankelijk verklaard, voor zover het is gericht tegen de verlening van de aanwezigheidsvergunningen. Voor het overige heeft de rechtbank het beroep van appellante ongegrond verklaard. De rechtbank heeft overwogen dat de gemeentelijke verordening niet onverbindend is. In die verordening is niet geregeld aan wie en voor welke locatie de burgemeester een vergunning moet verlenen en het gebied dat is aangewezen op de bij de verordening behorende kaart is zodanig groot dat verschillende locaties mogelijk zijn, aldus de rechtbank. Voorts heeft de rechtbank overwogen dat de gemeentelijke verordening geen ongeoorloofde belemmering vormt van het vrije verkeer van diensten omdat de uit het vergunningenstelsel van de Wet op de kansspelen (hierna: de Wok) voortvloeiende beperking is gerechtvaardigd wegens de aan die wet ten grondslag liggende doelstellingen, zoals het inperken van fraudegevoeligheid en excessieve goklust.

De rechtbank heeft overwogen dat de burgemeester in redelijkheid heeft kunnen besluiten tot verlening van de exploitatievergunning aan Hommerson, nu haar aanvraag als eerste voldeed aan alle daartoe in de gemeentelijke verordening gestelde voorwaarden en niet is gebleken dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn geschonden en Richtlijn 2004/18/EG, van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134) niet van toepassing is.

Tot slot heeft de rechtbank overwogen dat de burgemeester in redelijkheid heeft kunnen besluiten tot afwijzing van de aanvragen van vergunningen van appellante. De burgemeester heeft daarbij een passende mate van openbaarheid betracht en daarmee voldaan aan de uit de jurisprudentie van het Hof voortvloeiende transparantieplichting.

#### *Hoger beroep*

4. De relevante wettelijke bepalingen zijn opgenomen in een bijlage bij deze uitspraak.

#### *Aanwezigheidsvergunningen*

#### *Procesbelang*

5. Appellante komt op tegen het oordeel van de rechtbank dat zijn beroep, voor zover dat betrekking heeft op de verleende aanwezigheidsvergunningen, niet-ontvankelijk is. Dat de geldigheidsduur van beide vergunningen is verstreken, brengt volgens appellante in dit geval niet met zich dat het procesbelang ontbreekt, omdat deze vergunningen jaarlijks opnieuw moeten worden verleend.

5.1. Dit betoog slaagt.

Anders dan de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat appellante procesbelang heeft bij de beoordeling van zijn gronden tegen de verlening van de aanwezigheidsvergunningen, nu het gaat om jaarlijks te verlenen vergunningen die niet strekken tot intrekking, wijziging of vervanging van de aanwezigheidsvergunning en waarvan de geldigheidstermijn is verstreken. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5936) kan het belang bij een oordeel omtrent de rechtmatigheid van een besluit zijn gelegen in de omstandigheid dat dit bij toekomstige besluiten kan worden betrokken. Voorts heeft appellante bij het maken van bezwaar verzocht om vergoeding van de door haar gemaakte kosten en is ook hierin haar procesbelang bij de beoordeling van de aanwezigheidsvergunningen gelegen.

De rechtbank heeft derhalve ten onrechte het beroep van appellante voor zover het is gericht tegen de verlening van de aanwezigheidsvergunningen niet-ontvankelijk verklaard.

De Afdeling dient het beroep, voor zover dat ziet op de aanwezigheidsvergunningen, alsnog inhoudelijk te beoordelen. Nu de aangevoerde gronden tegen het besluit op bezwaar zien op zowel de aanwezigheidsvergunningen als op de exploitatievergunning, verwijst de Afdeling voor de inhoudelijke beoordeling van de aanwezigheidsvergunningen naar de desbetreffende overwegingen over de exploitatievergunning.

#### *Verlening exploitatie- en aanwezigheidsvergunningen en weigering exploitatievergunning*

#### *Gronden van het hoger beroep*

6. Appellante komt op tegen de ongegrondverklaring door de rechtbank van haar beroep tegen de handhaving van zowel de verlening aan Hommerson van de exploitatievergunning als de afwijzing van haar aanvraag voor een exploitatievergunning. Daartoe heeft zij aangevoerd dat de gemeentelijke verordening onverbindend moet worden verklaard wegens strijdigheid met nationaalrechtelijke en unierechtelijke rechtsbeginselen, waaronder algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Door de beperking van het gebied waarin de speelautomatenhal ingevolge de bij de gemeentelijke verordening behorende kaart is toegestaan, in combinatie met de eis dat de hal deel uitmaakt van een meeromvattend leisurecentrum komt slechts één locatie voor de vestiging ervan in aanmerking en dat is in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het besluit de gemeentelijke verordening pas in werking te laten treden nadat de planologische besluitvorming over het Veerplein 132-134 was afgerond, beves-

tigt dat die verordening alleen is vastgesteld om de vestiging van een speelautomatenhal in het pand Veerplein 132-134 mogelijk te maken. Appellante betoogt verder dat de in de verordening opgenomen eis dat de ondernemer bij de aanvraag voor een exploitatievergunning een verklaring overlegt dat hij over de ruimte kan beschikken, onredelijk is, nu daardoor ondernemers die al over een ruimte beschikken worden bevoordeeld. Ook op dit punt is bij de vaststelling van de verordening onder meer gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Bovendien is bij het verlenen van de vergunningen en de daaraan voorafgaande totstandkoming van de gemeentelijke verordening en de benodigde planologische wijzigingen niet de vereiste transparantie betracht, waardoor een ongelijke situatie tussen de gegadigden is ontstaan.

Appellante betoogt voorts dat de bevoegdheid te beslissen over de aanvraag materieel is overgedragen aan de eigenaar van het pand Veerplein 132-134. De eigenaar beslist met wie hij een huurovereenkomst aangaat en op basis van de verordening kan een vergunning alleen worden verleend aan degene die kan beschikken over het pand. Ook is in zoverre niet voldaan aan het vereiste van transparantie dat geen openheid is gegeven over de exacte afspraken tussen ING Real Estate B.V. en de gemeente over de onlosmakelijke koppeling van de speelautomatenhal aan het leisuureconcept. De publicatie van de verordening is niet voldoende om aan de transparantieverplichting te voldoen, omdat op dat moment al duidelijk was dat de vergunning alleen kon worden verleend aan de huurder van ING Real Estate B.V.

#### *Conclusie van de staatsraad advocaat-generaal*

7. Het betoog van appellante roept de vraag op of er naar nationaal recht een rechtsnorm is, ertoe strekkende dat bij de verlening van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze reële ruimte moet worden geboden voor (potentiële) gegadigden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze vraag is voorgelegd aan de staatsraad advocaat-generaal en door hem beantwoord in zijn conclusie van 25 mei 2016. Hij heeft daarin het volgende geconcludeerd:

“Naar Nederlands recht bestaat er een rechtsnorm, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte wordt geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel, het beginsel van gelijke kansen.

Deze rechtsnorm sluit, zolang de wettelijke voorschriften zich niet tegen een bepaalde vorm van verdeling verzetten, geen enkele verdelingsprocedure uit, ook niet de verdeling op volgorde van binnenkomst. Wel moet het bestuur ten einde het beginsel van gelijke kansen te realiseren een ‘passende mate van openbaarheid’ garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagstijdvak en de toe te passen criteria. Deze eis wordt – in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Hoge Raad – bij voorkeur gebaseerd op een contextueel (in de context van de verdeling van schaarse publieke rechten) te erkennen nationaal beginsel van transparantie, maar kan ook worden gebaseerd op de uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende transparantieverplichting.

De eis van ‘passende mate van openbaarheid’ stelt specifieke eisen aan:

– De tijdige verstrekking van de informatie: het bestuur moet voorafgaand aan het begin van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen over de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagstijdvak en de toe te passen criteria. Een impliciete keuze voor verdeling op volgorde van binnenkomst is in beginsel alleen mogelijk als de beschikbaarheid van de vergunning adequaat wordt bekendgemaakt voordat de aanvraagperiode begint.

– De adequate bekendmaking van de informatie: adequaat betekent dat de informatie via een zodanig medium wordt bekendgemaakt dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Voor veel schaarse vergunningen betekent dat bekendmaking hiervan in een door de desbetreffende overheid elektronisch uitgegeven overheidsblad. In het geval van een impliciete keuze voor verdeling op volgorde van binnenkomst kan de beschikbaarheid van de schaarse vergunning ook geschieden door bekendmaking ervan op een website van de desbetreffende overheid.

– De duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering van de verdeelregels: de formulering moet zodanig zijn dat aanvragers hun aanvraag hierop kunnen afstemmen. Uitwerking van de regels na afloop van het aanvraagstijdvak kan onder omstandigheden toelaatbaar zijn, mits daarbij niet wordt afgeweken van de verdeelregels.

Als het bestuur de verdeelprocedure tijdig en adequaat heeft bekendgemaakt, gelden bij de toepassing ervan de volgende eisen.

– Het bestuur moet de verdelingscriteria voor schaarse vergunningen gelijkkelijk toe-

passen op alle aanvragen en mag daarvan in het individuele geval niet afwijken, ook niet als deze criteria zijn geformuleerd in een beleidsregel. Deze eis vloeit voort uit het formele gelijkheidsbeginsel.

— Als het bestuur de keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure bekend heeft gemaakt, is het overstappen op een andere verdelingsprocedure niet meer mogelijk. Ook deze eis vloeit voort uit het formele gelijkheidsbeginsel.

— Het bestuur kan schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd verlenen. Deze eis vloeit voort uit het materiële gelijkheidsbeginsel en voorkomt dat de 'uitverkoren' vergunninghouder onevenredig wordt bevoordeeld. Bij schaarse vergunningen voor een economische activiteit zijn afwijkingen van deze eis niet goed denkbaar. Bij andere schaarse vergunningen kan onder omstandigheden afwijking hiervan worden gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid. Een uitzondering op de bestuurlijke verplichting om bij de verdeling van schaarse vergunningen potentiële gegadigden op enigerlei wijze reële mededingingskansen te bieden, impliceert een beperking van het (formele) gelijkheidsbeginsel. Voor zover de verplichting voortvloeit uit het Unierecht is beperking alleen mogelijk als zij in voldoende mate wordt gerechtvaardigd door een dringende reden van algemeen belang.

In louter nationale zaken kan de verwezenlijking van de verplichting om mededingingsruimte te garanderen worden beperkt door of afstuiten op het formeel-wettelijk kader van de schaarse vergunning zelf of door dat van andere vergunningen die voor de realisering van de te vergunnen activiteit nodig zijn. Bij locatiegebonden activiteiten kunnen beperkingen bijvoorbeeld voortvloeien uit de ruimtelijke wetgeving. Verder zijn beperkingen van de verplichting mogelijk voor zover zij in voldoende mate kunnen worden gerechtvaardigd door een algemeen belang of de bescherming van de rechten van andere burgers, bijvoorbeeld — in het geval van een locatiegebonden activiteit — door de contractsvrijheid van de eigenaar van de locatie. Ten slotte kan op de verplichting een uitzondering worden gemaakt als bij voorbaat vaststaat dat slechts één aanvraag aan de verdelingscriteria voldoet (uniciteit)."

#### *Mededingingsruimte, algemeen*

8. De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt

dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm komt ook tot uitdrukking in de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBB) van 3 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, Swiss Leisure Group). In deze uitspraak heeft het CBB geoordeeld dat andere ondernemers, op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden mee te dingen naar de schaarse vergunning. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.

Uit deze rechtsnorm vloeit voort dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd, doch alleen tijdelijk kunnen worden verleend. De vergunninghouder wordt immers bij verlening voor onbepaalde tijd onevenredig bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt. De Afdeling sluit in zoverre aan bij de uitspraken van het CBB van 15 mei 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BW6630) en van 24 augustus 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BX6540).

De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, in dit geval de gemeentelijke verordening, of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Een eis die in ieder geval geldt, is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen. Dit laat onverlet dat de eigenaar van een pand beslist over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie.

De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

*Feiten en totstandkoming van de gemeentelijke verordening*

9. Appellante heeft vanaf ongeveer 1987 herhaaldelijk bij de gemeente geïnformeerd naar de mogelijkheid een speelautomatenhal te exploiteren in de gemeente op verschillende locaties. Het gemeentebestuur van Vlaardingen heeft zich jegens appellante lange tijd op het standpunt gesteld dat volgens een vaste beleidslijn het exploiteren van speelautomaten slechts wordt toegestaan in horecabedrijven en met de beperking tot maximaal twee speelautomaten per bedrijf en dat geen verordening als bedoeld in de Wok, die het exploiteren van een speelautomatenhal toelaat, zal worden vastgesteld.

Toen in 2004 het pand aan het Veerplein 132-134 leeg kwam te staan, schreef de betrokken wethouder aan appellante dat er op grond van de toenmalige Verordening Wet op de Kansspelen geen ruimte was voor de exploitatie van een speelautomatenhal en dat de raad geen aanleiding zag de verordening te wijzigen. Toch heeft appellante op 9 februari 2005 een vergunning aangevraagd voor de exploitatie van een amusementscentrum op deze plaats. Het college heeft appellante bij herhaling meegedeeld dat zijn aanvraag moet worden besproken en dat daarop te zijner tijd zal worden beslist.

Op 24 mei 2005 is een persbericht van de gemeente Vlaardingen verschenen waarin staat dat het college op initiatief van ING Real Estate B.V., de toenmalige eigenaar van het pand aan het Veerplein 132-134, heeft besloten de vestiging van een bioscoop, casino en restaurant in dat pand te onderzoeken.

In juni 2005 heeft appellante van het college het bericht ontvangen dat de geldende Verordening Wet op de Kansspelen geen mogelijkheden biedt voor het verlenen van een vergunning. ING Real Estate B.V. heeft op 9 juni 2005 aan appellante laten weten dat zij vanaf 2004 met Hommerson in onderhandeling is over de mogelijkheden van de exploitatie van het pand aan het Veerplein 132-134. Bij brief van 10 november 2005 heeft appellante het college doen weten een speelautomatenhal te willen ontwikkelen op de locatie Westhavenkade 35/36.

Op 22 december 2005 heeft de raadscommissie in een openbare vergadering de wijziging besproken van de toenmalige Verordening Wet op de Kansspelen, waarbij werd voorzien in de mogelijkheid een vergunning te verlenen voor de exploitatie van één speelautomatenhal. Zoals blijkt uit het verslag werd tijdens die vergadering alleen gesproken over het ontwikkelen van een amusementshal in het pand aan het Veerplein 132-134 en niet over de door appellante bij brief van 10 november 2005 voorgestelde locatie

Westhavenkade 35/36, die op ongeveer 500 meter van het Veerplein 132-134 ligt.

Begin 2006 heeft ING Real Estate B.V. een verzoek om vrijstelling van het bestemmingsplan ingediend als bedoeld in artikel 19 van de (oude) Wet op de Ruimtelijke Ordening voor onder meer een bioscoop, een speelautomatenhal en horeca in het pand aan het Veerplein 132-134 en een aanvraag voor een bouwvergunning.

In een brief van 14 juni 2006 heeft het college aan appellante geschreven dat het van mening is dat een amusementshal thuishoort in het centrum en deel dient uit te maken van een zogenaamd leisureconcept.

In juli 2007 sluiten het college en ING Real Estate B.V. de Studieovereenkomst project Leisureconcept Veerplein. Doel van de overeenkomst is dat ING Real Estate B.V. de tijd krijgt om de nodige onderzoeken te doen voor de vestiging van een amusementscentrum met een bioscoop, amusementszaal en een eetgelegenheid aan het Veerplein 132-134 (hierna: het leisureconcept). Dit resulteert in het Onderzoeksrapport Project Leisureconcept Veerplein van 13 november 2007. Op 19 december 2007 heeft de gemeenteraad op basis van de uitkomst van het onderzoek ingestemd met de uitvoering van het leisureconcept aan het Veerplein 132-134.

Op 18 december 2008 heeft de gemeenteraad ingestemd met het voorstel van het college om de gemeentelijke verordening vast te stellen. Daarin is bepaald dat de burgemeester bevoegd is voor maximaal één speelautomatenhal een exploitatievergunning te verlenen, gevestigd in het gebied zoals aangegeven op de bij deze verordening behorende en als zodanig gewaarmerkte kaart. Verder is bepaald welke stukken een ondernemer bij de aanvraag dient over te leggen. Zo dient de ondernemer een verklaring over te leggen waaruit blijkt dat hij gerechtigd is over de ruimte te beschikken. De vergunning wordt ingevolge artikel 6, eerste lid, aanhef en onder a onderscheidenlijk c, van de gemeentelijke verordening geweigerd als het maximaal aantal af te geven vergunningen voor speelautomatenhallen is verleend en als de speelautomatenhal, waarop de aanvraag betrekking heeft, zal worden gevestigd buiten het op de gewaarmerkte kaart aangewezen gebied.

De vaststelling van de gemeentelijke verordening was volgens het college noodzakelijk om de benodigde besluiten op grond van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: de Wro) te kunnen nemen om een leisurecentrum op de locatie aan het Veerplein 132-134 mogelijk te maken. De inwerkingtreding van de gemeentelijke verordening is uitgesteld tot een nader te bepalen tijdstip. Het college wilde zoveel mogelijk voorkomen dat op basis van de gemeentelijke verordening aanvra-



gen worden ingediend, terwijl nog geen besluit is genomen over de aanvaardbaarheid van de vestiging van een speelautomatenhal uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening.

Tegelijk met het voorstel tot vaststelling van de gemeentelijke verordening heeft het college aan de gemeenteraad het voorstel gedaan in te stemmen met de Overeenkomst Project Leisureconcept Veerplein (hierna: de realisatieovereenkomst) voor het leisureconcept tussen de gemeente Vlaardingen en ING Real Estate B.V., inhoudende de realisatie van een bioscoop met zes zalen, een casino en een restaurant. In het voorstel schrijft het college dat de gemeentelijke verordening en de realisatieovereenkomst met elkaar samenhangen en daarom gelijktijdig moeten worden behandeld. De gemeenteraad heeft op 18 december 2008 ingestemd met de voorgestelde verordening en met de realisatieovereenkomst.

Op 13 juli 2009 is door Green Retail House B.V., de nieuwe eigenaar van het pand Veerplein 132-134, een aanvraag voor een bouwvergunning voor de verbouwing van het pand Veerplein 132-134 tot onder meer bioscoop, amusementshal en fitnesscentrum ingediend.

Hommerson heeft op 27 januari 2010 een aanvraag ingediend voor een exploitatie- en een aanwezigheidsvergunning voor een speelautomatenhal in het pand Veerplein 132-134.

Op 17 augustus 2010 heeft het college aan Green Retail House B.V. een reguliere bouwvergunning – fase 1 voor het verbouwen van het winkelpand aan het Veerplein 132-134 (bioscoop, leisure en fitness) verleend. Het college heeft op 12 oktober 2010 een projectbesluit genomen als bedoeld in artikel 3.10 van de Wro ten behoeve van het realiseren van een leisurecentrum met een bioscoop met zes zalen, een amusementscentrum, een fitnesscentrum en een grand café op de locatie Veerplein 132-134.

De benodigde bouwvergunning – fase 2 is begin 2011 verleend.

De gemeentelijke verordening is op 23 maart 2011 in werking getreden.

Op 20 oktober 2011 heeft Hommerson een huurovereenkomst gesloten met Green Retail House B.V. in verband met de huur van een deel van het pand aan het Veerplein 132-134.

De gemeenteraad heeft op 29 september 2011 het bestemmingsplan Stadshart vastgesteld. Aan de gronden Veerplein 132-134 is de bestemming “Centrum” en de functieaanduiding ‘cultuur en ontspanning’ toegekend.

9.1. Tegelijk met het voorstel tot vaststelling van de gemeentelijke verordening heeft het college aan de gemeenteraad in december 2008 het voorstel gedaan in te stemmen met de realisatieovereenkomst tussen de gemeente Vlaardingen

en – toen nog – ING Real Estate B.V. (hierna: de realisatieovereenkomst). Hierin is in artikel 4 onder meer vermeld dat de gemeente de noodzakelijke procedures zal entameren om te kunnen komen tot realisatie en exploitatie van het leisureconcept Veerplein door ING. In artikel 5 is vermeld dat partijen erkennen dat de gemeente publiekrechtelijke taken heeft, maar dat de gemeente rekening zal houden met de belangen van ING. De gemeente zal bij haar besluitvorming zoveel mogelijk openheid betrachten en de regio na overleg met ING voeren. Voorts staat in dit artikel dat met het oog op het uitgangspunt dat slechts één speelautomatenhal in de gemeente is toegestaan, pas tot inwerkingtreding van de gemeentelijke verordening zal kunnen worden besloten als aan de planologische voorwaarden voor het kunnen realiseren van het leisureconcept Veerplein zal zijn voldaan.

#### *Mededingsruimte*

10. Naar het oordeel van de Afdeling is een exploitatievergunning als in dit geval aan de orde een schaarse vergunning. Door de burgemeester moet daarom op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte worden geboden om naar die ene beschikbare vergunning mee te dingen. De verwezenlijking van deze verplichting kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning zelf voorziet.

Een passende mate van openbaarheid vereist, zoals hiervoor overwogen, onder meer een tijdige en adequate bekendmaking.

#### *Beperking van het bieden van ruimte om mee te dingen*

11. De Wok eist dat de gemeenteraad, indien in een speelautomatenhal wordt voorzien, een verordening vaststelt waarin aan de burgemeester de bevoegdheid wordt gegeven vergunningen te verlenen voor het exploiteren van een speelautomatenhal en het

aanwezig hebben van speelautomaten. De gemeenteraad van Vlaardingen heeft aan die eis uit de Wok voldaan met de vaststelling van de gemeentelijke verordening. Daarin zijn wettelijke voorschriften opgenomen inzake het exploiteren van een speelautomatenhal. Zo is ingevolge artikel 2, eerste lid, onder b, gelezen in samenhang met artikel 2, tweede lid, de burgemeester bevoegd een exploitatievergunning te verlenen voor maximaal één speelautomatenhal die is gevestigd in het gebied, zoals aangegeven op de bij deze verordening behorende en als zodanig geïdentificeerde kaart.

De gemeenteraad heeft op grond van de Wok echter alleen de bevoegdheid om algemene regels vast te stellen en mag dus niet de veror-

dening toesnijden op één concrete situatie (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het CBb van 12 september 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BY1559).

11.1. De kaart, als bedoeld in artikel 2, tweede lid, van de gemeentelijke verordening maakt daarvan onlosmakelijk onderdeel uit en deelt als zodanig in het karakter van de gemeentelijke verordening als wettelijk voorschrift.

Het gebied dat op de kaart is aangewezen omvat het Veerplein en één aansluitend blok bebouwing begrensd door de Waalstraat, de Kuiperstraat en het Liesveld. Het pand Veerplein 132-134 ligt binnen het aangewezen gebied. De Westhavenkade 35/36 valt buiten dit gebied. Binnen het aangewezen gebied zijn ook andere panden aanwezig in overwegend kleinschalige bebouwing. Tussen partijen is in geding of één daarvan een alternatief is voor de vestiging van een speelautomatenhal in het pand Veerplein 132-134. In het aangewezen gebied, dat een beperkte oppervlak heeft, is de omvang van de overige panden te gering voor de ruimte die nodig is om alle onderdelen van het zogenoemde leisureconcept, waarvan de speelautomatenhal onderdeel moet uitmaken, te verwezenlijken. Daarom heeft de burgemeester naar het oordeel van de Afdeling niet aannemelijk gemaakt dat binnen het op de kaart aangewezen gebied naast het Veerplein 132-134 een alternatief voor de vestiging van een speelautomatenhal aanwezig is. Daarbij is mede van belang dat op de dag waarop de raad, de eerst jaren later gepubliceerde gemeentelijke verordening heeft vastgesteld, hij tevens heeft ingestemd met de realisatieovereenkomst tussen de gemeente en ING Real Estate B.V. inzake de vestiging van een leisurecentrum in het pand Veerplein 132-134.

Het moet er derhalve voor worden gehouden dat binnen het op de kaart aangewezen gebied geen alternatieve locaties aanwezig zijn. Door de bij de gemeentelijke verordening behorende kaart waarop het gebied is vastgelegd waarbinnen een speelautomatenhal is toegestaan wordt de mededinging, die al beperkt is omdat slechts één vergunning beschikbaar is, volledig uitgesloten. De toegang tot de markt wordt feitelijk voorbehouden aan de locatie Veerplein 132-134 en dus aan degene die over het pand op die locatie beschikt.

11.2. De raad heeft bij de afweging van de belangen die heeft geleid tot de vaststelling van de gemeentelijke verordening en de daarbij behorende kaart de ruimte voor mededinging niet kenbaar een rol laten spelen. Het resultaat van de aldus door de raad gemaakte onvolledige afweging is dat de mededinging volledig is uitgesloten. Daarbij komt dat Veerplein 132-134 als enige geschikt is voor het leisurecentrum. De vastge-

stelde gemeentelijke verordening is daarmee in strijd met het gelijkheidsbeginsel toegesneden op één concrete situatie. Daartoe kon de aan de raad toegekende regelgevende bevoegdheid niet worden aangewend. Strijd met het gelijkheidsbeginsel, in deze context het bieden van gelijke kansen, is ook ontstaan doordat met de inwerkingtreding van de gemeentelijke verordening is gewacht tot dat aan Green Retail House B.V. de bouwvergunningen waren verleend en het college het projectbesluit had genomen. Dat appellante tegen deze besluiten en tegen het nadien vastgestelde bestemmingsplan Stadshart niet is opgekomen, zodat deze besluiten onherroepelijk zijn geworden, doet aan het voorgaande niet af, omdat zij daarmee niet had kunnen bereiken dat zij zelf in het pand Veerplein 132-134 of op een andere locatie een speelautomatenhal kon exploiteren.

#### *Passende mate van openbaarheid bij beschikbaar komen vergunning*

12. Na de vaststelling van de gemeentelijke verordening op 18 december 2008 is die verordening op 23 maart 2011 gepubliceerd en in werking getreden.

Aan degene die als eerste een ontvankelijke aanvraag heeft ingediend, is de vergunning verleend. Aldus is in de gunningsprocedure als maatstaf de volgorde van binnenkomst van aanvragen gehanteerd. Deze maatstaf is toegestaan, mits de potentiële gegadigden een gelijke kans hebben om te kunnen wedijveren om het schaarse publieke recht.

12.1. In dit geval is met de inwerkingtreding van de gemeentelijke verordening de mogelijkheid tot het verlenen van een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal gecreëerd. Door de publicatie van de gemeentelijke verordening konden weliswaar alle gegadigden op de hoogte zijn van de mogelijkheid om een vergunning te vragen, doch die publicatie heeft pas op 23 maart 2011 plaatsgevonden. Zoals hiervoor beschreven, heeft ING Real Estate B.V. op 9 juni 2005 schriftelijk te kennen gegeven sinds 2004 in onderhandeling te zijn met Hommerson over een speelautomatenhal in het pand Veerplein 132-134. Op 18 december 2008, tegelijk met de vaststelling van de gemeentelijke verordening, heeft de raad ingestemd met de realisatieovereenkomst over een leisurecentrum in het pand Veerplein 132-134 en reeds op 27 januari 2010, veertien maanden voor de publicatie van de gemeentelijke verordening, heeft Hommerson haar aanvraag ingediend voor een exploitatie- en aanwezigheidsvergunning voor een speelautomatenhal in het pand Veerplein 132-134. Door deze gang van zaken is door de publicatie van de gemeentelijke verordening in dit geval niet bewerkstelligd dat iedere gega-

digde in de gelegenheid is geweest als eerste een aanvraag in te dienen doordat alle gegadigden terzelfdertijd op de hoogte konden zijn van de periode waarin een aanvraag om een vergunning kon worden ingediend. Om te bewerkstelligen dat iedere gegadigde in beginsel gelijke kans had op de hoogte te zijn van de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria was bovendien de enkele bekendmaking en inwerkingtreding van de gemeentelijke verordening niet voldoende. Zoals de burgemeester ter zitting bij de Afdeling heeft bevestigd, is in dit geval door hem of het college voor noch na de inwerkingtreding van de gemeentelijke verordening publiekelijk kenbaar gemaakt dat en gedurende welke periode het mogelijk was een aanvraag voor de exploitatie van een speelautomatenhal in te dienen. Een expliciete uitnodiging tot mededinging heeft dus niet plaatsgevonden. Potentiële gegadigden zijn ook niet op de hoogte gesteld van de verdelingsprocedure die van toepassing was noch van de duur van het aanvraagtijdvak en van de vergunningsvereisten. De reeds op 27 februari 2010 door Hommerson ingediende aanvraag is zonder zulke bekendmakingen als eerste volledige aanvraag aangemerkt. Nu derden aldus niet de kans hebben gehad mee te dingen naar de exploitatievergunning, heeft geen tijdige en adequate bekendmaking van de beschikbare exploitatievergunning plaatsgevonden. Aldus is geen passende mate van openbaarheid betracht. Dat is in strijd met de transparantieplichting.

#### *Relativiteitsvereiste*

13. In haar schriftelijke uiteenzetting heeft Hommerson betoogd dat artikel 30c, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wok het concreet geschonden voorschrift betreft. Deze bepaling ziet volgens haar niet mede op het beschermen van de concurrentiebelangen van appellante. Voorts heeft Hommerson onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 18 juli 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BX1859) gesteld dat voor de inroepbaarheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, het beschermingsbereik van de onderliggende norm, in dit geval de Wok, bepalend is. De door appellante aangevoerde gronden voldoen volgens Hommerson daarom niet aan het relativiteitsvereiste.

13.1. Ingevolge artikel 8:69a van de Awb vernietigt de bestuursrechter een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.

13.2. Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (*Kamerstukken II*, 2009/10, 32 450, nr. 3, blz. 18-20) heeft de wetgever met artikel 8:69a van de Awb de eis willen stellen dat er een verband moet bestaan tussen een beroepsgrond en het belang waarin de appellant door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad. De bestuursrechter mag een besluit niet vernietigen wegens schending van een rechtsregel die kennelijk niet strekt tot bescherming van het belang van de appellant.

13.3. Ingevolge artikel 30c, eerste lid, aanhef en onder b, kan de vergunning slechts worden verleend, indien zij betreft het aanwezig hebben van een of meer kansspelautomaten in een inrichting, anders dan onder a, bestemd om het publiek de gelegenheid te geven een spel door middel van kansspelautomaten te beoefenen, indien het houden van een zodanige inrichting krachtens een vergunning van de burgemeester bij gemeentelijke verordening is toegestaan.

Appellante heeft aangevoerd dat de gemeentelijke verordening en de wijze waarop die tot stand is gekomen in werking is getreden in strijd is met geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting. Hiervoor heeft de Afdeling geoordeeld dat de gemeentelijke verordening in strijd met deze beginselen is vastgesteld en de raad buiten zijn regelgevende bevoegdheid, als bedoeld in artikel 30c, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wok, is getreden. De Wok en de daarop gebaseerde regelgeving, zoals de gemeentelijke verordening, strekken mede tot regulering van de markt voor kansspelen. Die regelgeving beoogt daarom niet alleen de consumenten te beschermen en gokverslaving tegen te gaan en daartoe beperkingen te stellen aan de mogelijkheid het publiek gelegenheid tot het kansspel te bieden, maar, in het verlengde daarvan, ook om ondernemingen die actief zijn op de markt voor kansspelen een gelijke uitgangspositie te bieden bij de transparante verdeling van de aldus beperkte ruimte om deel te nemen aan die markt. In dat verband hebben de door appellante ingeroepen beginselen betekenis en strekt de toepasselijke rechtsregel tot bescherming van de belangen van appellante.

Het betoog van Hommerson slaagt niet.

#### *Conclusie*

14. Zoals volgt uit de overwegingen 11.1 en 11.2 moet aan de bij de gemeentelijke verordening behorende kaart verbindende kracht worden ontczegd omdat wegens strijd van de met die kaart gestelde beperkingen met het beginsel van

gelijke kansen, de raad in zoverre zijn regelgeven- de bevoegdheid heeft overschreden.

Voorts heeft de burgemeester gehandeld in strijd met de transparantieplichting door niet tijdig en adequaat bekend te maken dat en gedurende welke periode een aanvraag voor een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal kon worden ingediend, welke eisen daaraan werden gesteld en welke verdelingsmaatstaven zouden worden gehanteerd.

Gelet hierop heeft de burgemeester ten onrechte de bezwaren van appellante tegen de afwijzing van zijn aanvraag en de verlening van de exploitatievergunning en de aanwezigheidsvergunning voor het jaar 2013 aan Hommerson in het besluit op bezwaar ongegrond verklaard en tegen de verlening van de aanwezigheidsvergunning voor het jaar 2012 niet-ontvankelijk verklaard.

De rechtbank heeft dit niet onderkend en ten onrechte het beroep van appellante tegen het besluit op bezwaar, voor zover het is gericht tegen de verlening van de aanwezigheidsvergunningen, niet-ontvankelijk en, voor het overige, ongegrond verklaard.

Gezien al het vorenstaande behoeven de overige gronden, waaronder die over de strijdigheid met het Unierecht, geen bespreking.

15. Het hoger beroep is gegrond. De aan- gevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 15 juli 2013 van de burgemeester als- nog gegrond verklaren. Dat besluit komt voor vernietiging in aanmerking wegens strijd van de onderliggende gemeentelijke verordening met het gelijkheidsbeginsel en het aldus overschrij- den van de regelgevende bevoegdheid en de uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende verplich- ting van de burgemeester tot transparantie. Dit betekent dat de burgemeester opnieuw moet beslissen op de bezwaren van appellante tegen de afwijzing van haar aanvraag voor een exploita- tievergunning voor een speelautomatenhal en de verlening van de exploitatie- en aanwezigheids- vergunningen aan Hommerson. Voor zover zijn nieuwe besluit zal strekken tot verlening van een vergunning, zal de burgemeester dit pas kunnen nemen nadat op enigerlei wijze alsnog ruimte is geboden voor mededinging. In de voorliggende zaak zou dat kunnen worden gedaan door de kaart bij de gemeentelijke verordening zodanig aan te passen dat alsnog een reële keuze wordt geboden tussen meerdere locaties.

Indien, nadat een zodanige voorziening is getroffen, alsnog tot het verlenen van een ver- gunning wordt overgegaan, dient als onderdeel van de procedure ter voorbereiding van een

nieuw besluit op bezwaar, na herroeping van de primaire besluiten tot verlening van de vergun- ningen aan Hommerson en tot afwijzing van de aanvraag van appellante, een hernieuwde aan- vraagprocedure te worden gevolgd. Voorts dient, alvorens opnieuw gelegenheid tot indiening van aanvragen wordt geboden, op naar buiten toe kenbare wijze te worden kennisgegeven van de beschikbaarheid van de vergunning, de periode waarin aanvragen kunnen worden ingediend, de verdelingsprocedure die zal worden gevolgd en de maatstaven die zullen worden gehanteerd.

Wordt alsnog afgezien van vergunningverle- ning dan kan worden volstaan met verbetering van de gronden voor de afwijzing van de aan- vraag voor een exploitatievergunning van ap- pellante en de herroeping van de exploitatie- en aanwezigheidsvergunningen aan Hommerson.

Met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil ziet de Afdeling voorts aanleiding om met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Awb te bepalen dat tegen het nieuwe besluit slechts bij haar beroep kan worden ingesteld.

#### *Proceskosten*

16. De burgemeester van Vlaardingen dient op na te melden wijze tot vergoeding van de pro- ceskosten te worden veroordeeld.

#### **Beslissing**

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 1 juli 2014 in zaak nr. 13/5451;
- III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van de burgemees- ter van Vlaardingen van 15 juli 2013, kenmerk 669983;
- V. bepaalt dat tegen het te nemen nieuwe besluit slechts bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld;
- VI. veroordeelt de burgemeester van Vlaar- dingen tot vergoeding van bij appellante in ver- band met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 2.728 (zegge: tweeduizend zeven- honderdachtentwintig euro), geheel toe te reke- nen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VII. gelast dat de burgemeester van Vlaardin- gen aan appellante het door haar betaalde griffie- recht ten bedrage van € 811 (zegge: achthonder- delf euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

## Noot

*Aanloop van (meer dan) 30 jaar*

1. “De ironie van de geschiedenis is, dat de recente vernieuwingen die wij het bestuursrecht toedichten [...], geenszins betekenen dat de vroege jaargangen van de Administratieve en Rechterlijke Beslissingen verouderd zijn. Integendeel, wat in 1917 verscheen kan nu nog aansporen tot vernieuwing.” Met deze woorden besloot mijn academische ‘grootvader’ Hendrik Jan de Ru in 1987 zijn jubileumannotatie ter gelegenheid van 70 jaar *Administratiefrechtelijke Beslissingen* (AB 1986/561, afl. 47). In dit jubileumnummer van de AB bespreekt De Ru twee recente uitspraken van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State uit 1985 en 1986 in combinatie met een arrest van de Hoge Raad uit 1917 (AB 1917/44) over visserij-wetgeving en overdracht van vergunningen. De Ru stelt in zijn annotatie het gebruik van privaatrecht door de overheid aan de orde, maar richt zich daarbij specifiek op de verdeling van schaarse vergunningen: “Opmerkelijk is, dat in de uitgebreide literatuur over het gebruik van privaatrecht door de overheid weinig aandacht wordt besteed aan de vermogensrechtelijke consequenties van vergunningstelsels. Waarschijnlijk is dit toe te schrijven aan de bestuursrechtelijke fixatie op beoordeling achteraf van overheidsop treden, waardoor een meer systematische benadering van het beleidsinstrumentarium van de overheid lange tijd verwaarloosd is. [...] Vergunningen kunnen dus een belangrijke vermogenswaarde vertegenwoordigen, vooral naarmate zij schaarser zijn en er minder belemmeringen zijn voor overdracht aan derden. [...] Kan de geldswaarde die vergunningen vertegenwoordigen, wanneer zij gewit wordt, niet bijdragen tot een beter functioneren van vergunningssystemen? Kan de allocatie van vergunningen daarmee niet effectiever plaatsvinden?”

2. Schaarse vergunningen zijn dus geen nieuw verschijnsel in het bestuursrecht. Toen ik in 2007 aan de Vrije Universiteit begon met mijn promotieonderzoek naar de verdeling van schaarse rechten door de overheid, mocht ik wellicht nog denken dat ik — staande op de schouders van mijn promotor Frank van Ommeren (zie F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen, De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2004) — behoorde tot de tweede generatie (2G), maar bovenstaande annotatie van zijn promotor laat zien dat ik min-

stens behoor tot de derde generatie (3G). En zoals de relativiserende slotwoorden van De Ru direct duidelijk maken: vele andere generaties waren hem eigenlijk al voorgegaan. Zo wees zijn promotor Pieter VerLoren van Themaat (dus generatie 0) in 1968 al op de spanning die ontstaat wanneer kwantitatieve criteria (lees: vergunningen-plafonds) gaan fungeren als juridische gronden (lees: weigeringsgronden voor vergunningverlening) (zie P. VerLoren van Themaat, *Het coördinatiebeginsel als coördinerend beginsel van het sociaal economisch recht*, Deventer: Kluwer 1968, p. 12-13).

In 1954 zag A.M. Donner in zijn handboek *Nederlands Bestuursrecht* nog weinig aanleiding om de verdeling van schaarse vergunningen te problematiseren: “Soms echter doet zich de merkwaardigheid voor, dat niet ieder een vergunning kan krijgen. Er is bijv. maar een bepaald contingent te verdelen en wie komt, nadat dit contingent is uitgeput, vist — hoe onberispelijk zijn geval ook wezen moge — achter het net. [...] Het merkwaardige is daar, dat op zichzelf geheel gelijkliggende gevallen niet gelijk worden behandeld en met recht, omdat men nu eenmaal — waar niet is — zijn recht verliest.” (A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht. Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: N. Samson 1953, p. 221). In de afgelopen dertig jaren is het tij echter gekeerd en is de bestuursrechtelijke aandacht voor de verdeling van schaarse vergunningen steeds verder toegenomen. Met name in het laatste decennium hebben vele artikelen, bundels en dissertaties over dit onderwerp het levenslicht gezien, maar ook oudere publicaties vormen nog steeds verplichte kost voor ieder die zich vandaag de dag bezig houdt met de verdeling van schaarse vergunningen (zie in het bijzonder G.P. Kleijn, ‘Het zorgvuldigheidsbeginsel en gelimiteerde vergunningstelsels’, *Gst.* 1988, afl. 6850, p. 73-78, gevolgd door een reactie van L.J.A. Damen, ‘Gelimiterde vergunningstelsels, of ruimer: beschikkingstelsels en het gelijkheidsbeginsel’, *Gst.* 1988, afl. 6853, p. 151-152). Ook de AB heeft zich in deze periode niet onbetuigd gelaten. Te midden van de talrijke annotaties licht ik twee oudere juweeltjes eruit van de hand van mijn academische ‘oom’ Henk Simon: Pres. Rb. Amsterdam 15 maart 1990, AB 1991/58, m.nt. H.J. Simon en Vz. ARRVs 2 juli 1990, AB 1991/278, m.nt. H.J. Simon en H. Gieske.

3. De toegenomen aandacht voor de eisen die aan de verdeling van schaarse vergunningen (of breder: publieke rechten) worden gesteld, is mede ingegeven door de toenemende invloed van het Unierecht op het nationale bestuursrecht: waar het Unierecht 100 jaar geleden nog volledig ontbrak en 30 jaar geleden een zeer beperkte im-



pact had, is sindsdien een kentering gaande. Het is dan ook niet verwonderlijk dat mijn annotatie ter gelegenheid van 95 jaar AB een uitspraak betrof waarin de Afdeling een prejudiciële vraag had gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (ABRvS 23 maart 2011, AB 2011/230, m.nt. C.J. Wolswinkel). In zijn arrest *Sporting Exchange* (HvJ EU 3 juni 2010, AB 2011/17, m.nt. A.W.G.J. Buijze, JB 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel) overwoog het Hof enerzijds dat de transparantieplichting, die voortvloeit uit het beginsel van gelijke behandeling en de fundamentele verkeersvrijheden, een dwingende prealabele voorwaarde is van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ook in geval van verlening van een exclusieve (of schaarse) vergunning. Dit betekent concreet dat aan de objectieve criteria van het vergunningstelsel 'voldoende bekendheid' moet worden gegeven. Deze voldoende bekendheid (of 'passende mate van openbaarheid') ontbreekt in elk geval indien de vergunningverlening plaatsvindt zonder enige oproep tot mededinging. Anderzijds liet het Hof in dit arrest nadrukkelijk ruimte voor een gerechtvaardigde uitzondering op deze transparantieplichting, namelijk indien de lidstaat een vergunning verleent aan een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of aan een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid 'een strenge controle' kan uitoefenen.

De rechtsontwikkeling heeft sindsdien niet stilgestaan. Allereerst is er de vraag naar de implicaties van deze Unierechtelijke transparantieplichting: waartoe verplicht zij exact en wanneer is een uitzondering gerechtvaardigd? Na vijf jaren van relatieve stilte heeft de rechtbank Den Haag onlangs nader invulling gegeven aan het begrip 'strenge controle' (Rb. 's-Gravenhage 7 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2385, en Rb. 's-Gravenhage 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12693). Op Unierechtelijk niveau verdient verder uiteraard het arrest *Trijber en Harmsen* (HvJ EU 1 oktober 2015, AB 2015/437, m.nt. A. Drahmann; JB 2015/212, m.nt. A. Looijes-tijn-Clearie) vermelding, waarin het Hof (onder meer) heeft bepaald dat alle schaarse vergunningen onder de Dienstenrichtlijn voor bepaalde tijd moeten worden verleend. Deze eis wordt echter niet afgeleid uit de transparantieplichting, maar uit de doelstelling van de Dienstenrichtlijn om de toegang van dienstverrichters tot de betrokken dienstenmarkt te waarborgen. Met betrekking tot de transparantieplichting zelf en mogelijke uitzonderingen hierop is het recente arrest *Promoiimpresa* (HvJ EU 14 juli 2016, AB 2016/320, m.nt. C.J. Wolswinkel) van groter

belang. In dit arrest verschaft het Hof van Justitie helderheid over de verhouding tussen de transparantieplichting die voortvloeit uit artikel 12 Dienstenrichtlijn en de transparantieplichting die voortvloeit uit de fundamentele verkeersvrijheden van het primaire Unierecht, in het bijzonder de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten (art. 49 en 56 VwEU).

Ondanks de toenemende invloed van het Unierecht blijft echter een aantal gevallen bestaan waarin het Unierecht geen rol speelt, bijvoorbeeld omdat sprake is van een zuiver interne situatie (zie hierover A. Drahmann, 'De werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn: is aanvullende implementatie wenselijk?', *NTB* 2016/17) of omdat niet sprake is van een economische activiteit. Omdat in die gevallen de Unierechtelijke verkeersvrijheden niet van toepassing zijn, rijst de vraag of het nationale recht een vergelijkbare verplichting tot transparantie voor het verdelende bestuursorgaan bevat (met een vergelijkbare rechtsgrondslag en vergelijkbare uitzonderingen).

*De verdeling van schaarse vergunningen: een vraagstuk van rechtseenheid en rechtsontwikkeling* 4.

Die vraag wordt beantwoord in deze buitengewoon belangwekkende uitspraak van de Afdeling van 2 november 2016 over de verlening van een schaarse vergunning, ditmaal voor de exploitatie van een speelautomatenhal. Dat uitgerekend een schaarse vergunning inzake speelautomatenhallen centraal staat, weerspiegelt de ontwikkeling van de afgelopen dertig jaren waarin de kansspelwetgeving langzamerhand de pioniersrol in de jurisprudentie heeft overgenomen van de visserijwetgeving. Deze dominantie van kansspeljurisprudentie valt mede te verklaren doordat bepalingen over de verdeling van schaarse kansspelvergunningen grotendeels ontbreken in de Wet op de kansspelen. Dit geldt in het bijzonder voor de titel inzake speelautomaten, die – toevallig (?) – in 1986 in werking is getreden. Juist het ontbreken van richtinggevende wetgeving lijkt een van de oorzaken te zijn geweest, naast uiteraard de economische belangen en de teleurstelling bij verliezers die inherent is aan de verdeling van schaarse vergunningen, waarom de verdeling van schaarse vergunningen voor speelautomatenhallen tot de nodige jurisprudentie heeft geleid van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (in eerste en enige aanleg). Bijzondere vermelding verdient in dit verband de 'klassieker' *Speelautomatenhal Den Haag* (CBB 3 juni 2009, AB 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel, AB *Klassiek* 2016/36, m.nt. F.J. van Ommeren), hoewel die uitspraak haar 'klassieker'-status tot aan deze zaak in zoverre nog

amper had waargemaakt dat nog weinig werd verwezen naar deze 'klassieker' in de jurisprudentie (zie slechts CBb 21 april 2011, AB 2011/192, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*zondagavond-winkel Uden*); Rb. Gelderland 24 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6046; Rb. Oost-Brabant 17 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:3848, en ABRvS 9 maart 2016, AB 2016/324, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Rotterdam*)).

De Afdeling, die sinds 2012 in hoger beroep bevoegd is ten aanzien van besluiten inzake speelautomaten(hallen) (zie uitgebreider punt 1 van mijn annotatie onder de uitspraak van de Afdeling van 9 maart 2016), geeft in haar uitspraak van 2 november 2016 een vervolg aan deze jurisprudentielijn van het College. Allereerst formuleert de Afdeling een algemeen kader inzake mededingingsruimte. Dit kader bevat algemene regels voor de verdeling van schaarse vergunningen die niet alleen voor de onderhavige zaak van belang zijn, maar ook daarbuiten (zie hierna de punten 8, 9 en 10 van deze annotatie). Vervolgens laat de Afdeling zien hoe de toepassing van dit 'verdelingsrechtelijk' kader in een concrete verdeling uitpakt (punten 11 en 12). Alvorens dit toetsingskader en de toepassing hiervan te analyseren, volgt hieronder eerst een korte bespreking van de relevante feiten en enkele algemene aspecten van de procedure (punten 5, 6 en 7). Voor een (nog) uitgebreidere analyse en plaatsbepaling van deze uitspraak verwijs ik graag naar mijn nog te verschijnen bijdrage in *JBplus* 2017, aflevering 1.

5. Op grond van de Verordening Speelautomaten Vlaardingen 2008 is de burgemeester van de gemeente Vlaardingen bevoegd voor maximaal één speelautomatenhal een vergunning te verlenen. Bovendien kan slechts vergunning worden verleend voor een speelautomatenhal die is gevestigd binnen een (beperkt) gebied dat in een kaart als bijlage bij de verordening is opgenomen (kortweg het gebied Veerplein e.o.). De verordening treedt overigens pas in 2011, dus drie jaar later, in werking nadat de planologische besluitvorming ten aanzien van de beoogde locatie Veerplein 134 is afgerond, waardoor de te vergunnen activiteit in overeenstemming is met het bestemmingsplan (hetgeen een van de voorwaarden is voor vergunningverlening). Vervolgens wordt de aanvraag van Hommerson die in 2010 is ingediend, eind 2012 toegewezen, omdat deze aanvraag als eerste is ingediend en aan de voorwaarden voor vergunningverlening is voldaan. Een concurrent (De Vries blijktens punt 1.20 van de conclusie van de advocaat-generaal) heeft weliswaar ook een aanvraag ingediend, maar hij kan niet de vereiste verklaring overleggen waaruit blijkt dat hij gerechtigd is te beschikken over

de beoogde locatie van de speelautomatenhal binnen het door de kaart aangewezen gebied. In bezwaar en beroep worden deze toewijzing aan Hommerson en afwijzing van De Vries in stand gelaten (zie Rb. Rotterdam 1 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5219), waarna hoger beroep bij de Afdeling volgt.

6. De meervoudige kamer van de Afdeling ziet aanleiding de zaak te verwijzen naar een grote kamer waarin ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven in de persoon van zijn voorzitter is vertegenwoordigd. Bovendien verzoekt de voorzitter van de Afdeling om een conclusie van een advocaat-generaal (hierna: A-G). Een grotere erkenning van het algemene karakter van het leerstuk van de verdeling van schaarse vergunningen is nauwelijks denkbaar.

In het bijzonder wordt staatsraad advocaat-generaal Widdershoven verzocht om een conclusie te nemen over — samengevat weergegeven — drie vragen, namelijk (i) of er naar Nederlands recht een rechtsnorm bestaat die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte wordt geboden om naar de beschikbare vergunningen mee te dingen, (ii) op welke rechtsgrondslag die norm is gebaseerd en (iii) of er uitzonderingen op die norm bestaan (zie voor de integrale weergave van het verzoek punt 2.2 van de conclusie). Zoals de voorzitter in zijn verzoek aangeeft, zijn deze vragen met name aan de orde als in de toepasselijke regelgeving geen regels zijn opgenomen over de wijze van verdeling. Het aardige aan de formulering van het verzoek is dat de voorzitter van de Afdeling zelf een aantal beperkingen aanbrengt op de te behandelen vragen. De conclusie dient namelijk niet in te gaan op de vraag of er een vergunningenplafond mag worden ingesteld of op welke wijze schaarse vergunningen mogen worden verdeeld.

7. In zijn conclusie van 25 mei 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1421) weet A-G Widdershoven deze beperkingen deels behendig te omzeilen door ook de verdelingsprocedure, met name verdeling op volgorde van binnenkomst, en andere aspecten van de verdeling die niet direct verband houden met de verplichting tot mededinging en transparantie, zoals de looptijd van een schaarse vergunning, te betrekken in zijn analyse. Het aardige aan de conclusie is dat hierdoor niet alleen een actueel overzicht wordt gegeven van de jurisprudentie en de literatuur, maar ook allerlei verdelingsvraagstukken in onderlinge samenhang worden behandeld. Hierdoor ontstaat een tamelijk uitgebreid beeld van de verplichtingen die op het bestuursorgaan rusten bij de verdeling van schaarse vergunningen, zelfs indien deze niet eerder expliciet aan de orde zijn geweest in de

ationale jurisprudentie. Omdat ik mij in het vervolg van deze annotatie primair op de uitspraak van de Afdeling richt, doe ik de conclusie van A-G Widdershoven hiermee zodanig tekort dat ik die van harte voor zelfstandige lezing aanbeveel.

*Een algemeen kader voor de verdeling van schaarse vergunningen*

8. *Rechtsnormen: mededinging, looptijd en informatie.* De Afdeling formuleert in rechtsoverweging 8 van deze uitspraak onder het kopje 'Mededingingsruimte, algemeen' drie algemene rechtsnormen met betrekking tot de verdeling van schaarse vergunningen. Allereerst komt de Afdeling in navolging van de A-G tot de conclusie dat in het Nederlands recht inderdaad een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze verplichting tot het creëren van mededingingsruimte kan kortweg worden aangeduid als de 'mededingingsnorm'. Uit deze eerste rechtsnorm vloeit volgens de Afdeling een tweede rechtsnorm voort (die ook door de A-G werd geïdentificeerd), namelijk dat schaarse vergunningen *in beginsel* niet voor onbepaalde tijd, maar alleen tijdelijk kunnen worden verleend. Door vergunningverlening voor onbepaalde tijd wordt de vergunninghouder namelijk onevenredig bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt. Daarnaast formuleert de Afdeling in navolging van de advocaat-generaal een derde rechtsnorm, namelijk dat het bestuur 'een passende mate van openbaarheid' moet verzekeren met betrekking tot (i) de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, (ii) de verdelingsprocedure, (iii) het aanvraagtijdstip en (iv) de toe te passen criteria. Deze 'informatieverplichting' houdt in dat het bestuur over deze aspecten van de verdeling *tijdig* voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid moet scheppen door informatie hierover bekend te maken via een zodanig *medium* dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

Het is weinig verrassend dat de Afdeling – in navolging van de advocaat-generaal – het bestaan van deze drie rechtsnormen expliciet bevestigt. Zoals de Afdeling zelf benadrukt, geeft de jurisprudentie van het College al blijk van het bestaan van deze rechtsnormen, hoewel de beknopte wijze waarop de Afdeling naar de 'klasiëker' *speelautomatenhal Den Haag* verwijst, niet helemaal recht doet aan de bewoordingen van het College in die uitspraak van 3 juni 2009. Wel brengt de Afdeling enige structuur aan in de toepasselijke rechtsnormen door de norm van

de beperkte looptijd af te leiden uit de mededingingsnorm en door de mededingingsnorm en de informatieverplichting nadrukkelijk van elkaar te onderscheiden (zie ook punt 2.3 van de conclusie van de A-G en in de literatuur onder meer F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 255). In het verlengde hiervan valt op hoe open elk van de drie rechtsnormen is geformuleerd. Zo vereist de mededingingsnorm dat 'op enigerlei wijze' aan '(potentiële) gegadigden' ruimte wordt geboden om mee te dingen. Ook de rechtsnorm dat schaarse vergunningen 'in beginsel' niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend, is in zoverre zwak dat ze nog steeds ruimte laat voor verlening voor onbepaalde tijd. De open formulering van de rechtsnorm van een 'passende mate van openbaarheid', die rechtstreeks lijkt te zijn ontleend aan het Unierecht (zie HvJ EG 7 december 2000, nr. C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria*) en het reeds genoemde arrest *Sporting Exchange* van 3 juni 2010), wordt deels ondervangen doordat de Afdeling aangeeft op welke vier aspecten deze openbaarheid betrekking moet hebben en tevens enkele sub-normen formuleert die de betekenis van deze rechtsnorm concretiseren, namelijk die van een tijdige en een adequate bekendmaking. Wel blijft de verhouding van het vierde aspect ('de toe te passen criteria') tot de andere drie aspecten enigszins onduidelijk. Dit vierde aspect lijkt hierdoor vooral een vangnetfunctie te kunnen vervullen voor zover de drie andere aspecten ('beschikbaarheid', 'verdelingsprocedure' en 'aanvraagtijdstip') geen uitkomst bieden.

Minstens zo opvallend is wat de Afdeling *niet* overneemt uit de conclusie van de A-G: aangezien het verdelingsrechtelijk kader van de Afdeling (r.o. 8) in aantal woorden bijna de helft is van de conclusie van de A-G (weergegeven in r.o. 7), is *close reading* nodig om de verschillen boven tafel te krijgen. Allereerst gaat de Afdeling niet mee met de A-G om zich, althans in rechtsoverweging 8, in meer detail uit te spreken over (de consequenties van) de verschillende rechtsnormen. In het bijzonder gaat de Afdeling anders dan de A-G niet in op de toelaatbaarheid van (impliciete) verdeling op volgorde van binnenkomst. Ten aanzien van de tweede rechtsnorm geeft de Afdeling niet aan welke uitzonderingen op de rechtsnorm van een beperkte looptijd denkbaar zijn, terwijl de Afdeling in het kader van de adequate bekendmaking van de verdelingsinformatie niet aangeeft welk medium geschikt is om een passende mate van openbaarheid te realiseren. Nog opvallender is dat de Afdeling de specifieke eis over de dui-

delijke, precieze en ondubbelzinnige formulering van de ‘verdeelregels’ niet noemt, noch twee andere eisen die betrekking hebben op het stadium van de toepassing van de verdelingsprocedure, namelijk de eis dat de verdelingscriteria gelijkelijk moeten worden toegepast op alle aanvragen en de eis dat de verdelingsprocedure niet tussentijds mag worden gewijzigd.

Dit zwijgen van de Afdeling wordt niet enkel verklaard door de omstandigheid dat deze eisen geen betekenis hebben in deze zaak. Immers, de looptijd van schaarse vergunningen is in deze zaak evenmin aan de orde, maar toch wijdt de Afdeling hieraan een overweging. Op zich kan worden verdedigd dat ook deze drie, niet door de Afdeling genoemde eisen logisch voortvloeien uit de overkoepelende eis van een passende mate van openbaarheid en dus in zekere zin complementair zijn aan de wel geformuleerde eisen van een tijdige en adequate bekendmaking. De Afdeling lijkt dit op voorhand ook niet te willen ontkennen, want in het vervolg van de uitspraak (r.o. 10) overweegt zij dat een passende mate van openbaarheid *onder meer* een tijdige en adequate bekendmaking vereist. Mogelijk wil de Afdeling voor de toekomst nog enige speelruimte behouden, zowel ten aanzien van de formulering als ten aanzien van de rechtsgrondslag van deze aanvullende eisen.

Het zwijgen van de Afdeling heeft intussen wel tot gevolg dat de strekking van de drie door haar geformuleerde rechtsnormen niet is beperkt tot bepaalde schaarse vergunningen, zoals vergunningen voor economische activiteiten. In plaats daarvan gelden deze rechtsnormen voor *alle* schaarse vergunningen, dus ongeacht of ze een economische activiteit betreffen (de A-G behandelt in dit verband het voorbeeld van de schaarse parkeervergunning). Dit lijkt een bewuste keuze, hoewel de term ‘markt’ in het kader van de rechtsnorm inzake de looptijd van schaarse vergunningen doorgaans geassocieerd zal worden met een economische activiteit.

9. *Rechtsgrondslag: gelijkheidsbeginsel en transparantieplichting.* De Afdeling baseert de mededingingsnorm op het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context, aldus de Afdeling, strekt tot het bieden van gelijke kansen. Gelijke uitkomsten in de zin dat alle gegadigden een vergunning kunnen verwerven, zijn immers uitgesloten bij de verdeling van schaarse vergunningen. Hoewel deze rechtsgrondslag in het licht van het Unierecht niet verrassend is en ook meermalen in de literatuur is bepleit (zie onder meer reeds Van Ommeren 2011, a.w., p. 256; C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom juridi-

sche uitgevers 2013, p. 339-342, en A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Zwolle: Kluwer 2015, p. 364-365), heeft het gelijkheidsbeginsel tot nog toe in de nationale jurisprudentie geen grote rol van betekenis gespeeld (zie bij wijze van uitzondering Cbb 3 juli 2009, AB 2009/334, m.nt. I. Sewandono (*speelautomatenhal Heerlen*) en recent de uitspraak van de Afdeling van 9 maart 2016). In zoverre kan deze uitspraak van de Afdeling een koersverschuiving inluiden in de zin dat het gelijkheidsbeginsel een meer prominente plaats in de rechtsontwikkeling gaat innemen.

Aangezien de tweede rechtsnorm inzake de (in beginsel) beperkte looptijd van schaarse vergunningen voortvloeit uit de eerste rechtsnorm, vloeit die uiteindelijk eveneens logisch voort uit het gelijkheidsbeginsel dat strekt tot het bieden van gelijke kansen. Daarmee wijkt de Afdeling (impliciet) af van de A-G, die deze tweede rechtsnorm afleidde uit het *materiële* gelijkheidsbeginsel. De voorkeur van de Afdeling voor gelijke kansen lijkt in dit verband overtuigender, maar de consequenties van dit nuanceverschil in rechtsgrondslag zijn beperkt.

Hoewel de Afdeling dit niet met zoveel woorden zegt in r.o. 8, vloeit de derde rechtsnorm van ‘een passende mate van openbaarheid’ voort uit de transparantieplichting (zie het slot van r.o. 12.1), die op haar beurt weer voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel (zie r.o. 14). Daarmee kiest de Afdeling voor de door de A-G als ‘conservatief’ aangeduide opvatting in de literatuur die de transparantieplichting (slechts) beschouwt als een verplichting die voortvloeit uit en onderdeel is van het gelijkheidsbeginsel (punt 6.12). Daarmee laat de Afdeling (vooralsnog) de mogelijkheid onbenut om transparantie als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur te erkennen of – zoals de advocaat-generaal had voorgesteld – transparantie contextueel te erkennen als beginsel van verdelingsrecht (hoewel de Afdeling deze verdelingscontext nadrukkelijk benoemt).

In het algemeen sluit de Afdeling, met name met de bewoordingen en rechtsgrondslag van de derde rechtsnorm, zeer nauw aan bij de Unierechtelijke transparantieplichting. Dat is in zoverre opvallend dat de transparantieplichting, behalve in de genoemde *Betfair*-zaak, tot nog toe amper een rol heeft gespeeld in de nationale jurisprudentie over de verdeling van schaarse vergunningen. Zo sprak de Afdeling onlangs nog over het beginsel van ‘kenbaarheid’ in de genoemde uitspraak van 9 maart 2016. Niettemin is de keuze voor het gelijkheidsbeginsel een begrijpelijke keuze, omdat Unierechtelijke ontwikkelingen op het terrein van de transparantieplichting dan direct kunnen doorwerken in de nationale

transparantieplichting. In het bijzonder brengt deze keuze mee dat het vraagstuk van de zuiver interne situatie zijn betekenis heeft verloren als het gaat om de transparantieplichting, zodat niet meer relevant is of een binnenlandse dan wel buitenlandse aanvrager wordt benadeeld door het gebrek aan een passende mate van openbaarheid.

Opvallender is dat de Afdeling in het geheel niet verwijst naar de 'zware eisen'-doctrine van het College, op grond waarvan aan de verdeling van schaarse ontheffingen, onder meer uit een oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen worden gesteld (zie bijvoorbeeld Cbb 8 januari 2010, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono; JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel). Hoewel het College deze formulering alleen heeft gehanteerd in jurisprudentie over de verdeling van schaarse ontheffingen voor zondagavondwinkels, zijn deze zware eisen ruimer inzetbaar, zoals de Afdeling feitelijk ook erkent met de verwijzing naar Cbb 15 mei 2012, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel; Gst. 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse (*zondagavondwinkel Wassenaar*), en Cbb 24 augustus 2012, AB 2012/374, m.nt. C.J. Wolswinkel; JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer (*zondagavondwinkel Castricum*). Door het rechtszekerheidsbeginsel echter niet nadrukkelijk te noemen in deze uitspraak, lijkt de betekenis van dit beginsel voor de rechtsontwikkeling voorlopig op het tweede plan te zijn gekomen. Toch is de rol van dit beginsel nog niet volledig uitgespeeld: aangezien de Afdeling – bewust of onbewust – bepaalde eisen die door de A-G zijn geformuleerd, (nog) niet heeft overgenomen, bijvoorbeeld met betrekking tot de toelaatbaarheid van tussentijdse wijzigingen van de verdelingsprocedure, behoudt de Afdeling de mogelijkheid om andere 'verdelingsnormen' in de toekomst af te leiden uit het rechtszekerheidsbeginsel (vgl. Wolswinkel 2013, a.w., p. 544-547).

10. *Mededingingsruimte (algemeen): uitzonderingen.* Minstens zo interessant als de rechtswet-norm en de rechtsgrondslag is (het antwoord op) de vraag naar de uitzonderingen op de verplichting tot het creëren van mededingingsruimte. De Afdeling geeft in deze uitspraak geen (uitputtende) karakterisering van mogelijke uitzonderingen, maar lijkt slechts een uitzondering te construeren die voor deze zaak van belang is. Zij overweegt daartoe in r.o. 8 dat de verplichting om mededingingsruimte te bieden kan worden beperkt (i) door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, of (ii) door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist.

Deze overwegingen zijn mijns inziens het meest verrassend van de gehele uitspraak. Al-

leerest lijkt de Afdeling meer ruimte te zien voor uitzonderingen op de mededingingsnorm dan de A-G. De A-G betoogde namelijk dat de verwezenlijking van de verplichting om mededingingsruimte te garanderen kan worden beperkt door of afstuiten op het formeel-wettelijk kader van de vergunning zelf of door het formeel-wettelijk kader van andere vergunningen die voor de realisering van de te vergunnen activiteit nodig zijn (punt 6.18). Deze beperking tot wetgeving in formele zin houdt verband met het toetsingsverbod van wetgeving in formele zin aan algemene rechtsbeginselen. De Afdeling beperkt zich echter niet tot wetgeving in formele zin: ook lagere wetgeving kan de (verwezenlijking van) mededinging beperken.

Bij wijze van tegenwicht formuleert de Afdeling twee eisen: een materiële en een formele eis. De materiële eis houdt in dat de beperking in het wettelijk voorschrift van de verplichting om mededingingsruimte te bieden niet zover kan gaan dat *iedere* mededingingsruimte *volledig* wordt uitgesloten. De formele eis houdt in dat *in elk geval* het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen.

Wat zijn nu de consequenties van deze benadering? Zelfs als binnen een bepaald wettelijk kader mededingingsoverwegingen geen rol (mogen) spelen, moeten die overwegingen toch kenbaar een rol spelen. Het meest voor de hand liggende voorbeeld betreft in dit verband de besluitvorming in het 'ruimtelijke spoor'. De A-G heeft in dit verband verwezen naar vaste jurisprudentie dat concurrentieverhoudingen bij een planologische belangenafweging *in beginsel* geen in aanmerking te nemen belang vormen, tenzij zich een duurzame ontwrichting van het voorzieningsniveau zal voordoen die niet door dwingende redenen wordt gerechtvaardigd (ABRvS 19 februari 1998, BR 1998/663; ABRvS 19 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG4682; ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192; ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:640). Uit deze uitspraak van de Afdeling volgt nu dat concurrentieverhoudingen daarnaast ook een rol zullen moeten spelen als het wettelijk voorschrift dat de uitkomst van de planologische belangenafweging bevat, zoals het bestemmingsplan, de mededingingsruimte beperkt. Dat lijkt revolutionair, maar is minder opzienbarend wanneer wordt onderkend dat de Afdeling de verplichting tot het creëren van mededingingsruimte heeft afgeleid uit het gelijkheidsbeginsel. Feitelijk eist de Afdeling dus niet meer dan dat een wettelijk voorschrift in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel



(vgl. Hof 's-Gravenhage 26 april 2011, *JB* 2011/160, m.nt. R.J.B. Schutgens) en dat een ongelijke behandeling van gelijke gevallen (deugdelijk) wordt gemotiveerd.

Met deze oplossing houdt de Afdeling de contractsvrijheid van private partijen in stand en kiest zij er dus niet voor om de verplichting om mededingingsruimte te creëren door te schuiven naar de eigenaar van de locatie. De A-G had in zijn conclusie deze mogelijkheid wel verkend, maar vastgesteld dat deze mogelijkheid geen uitkomst bood (punten 7.6 en 7.7) Hetzelfde gold voor de mogelijkheid dat het bestuursorgaan eerst in mededinging een schaarse vergunning verleent (voor een bepaalde locatie), waarna de eigenaar van deze locatie wordt geconfronteerd met de winnaar van deze vergunning. De Afdeling sluit zich bij de conclusie van de A-G aan door te overwegen dat het juridisch kader ten aanzien van de beperking van mededingingsruimte onverlet laat dat de eigenaar van een pand beslist over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie. Of de Afdeling ook van mening is dat de mogelijkheden van de rechter tekort schieten, zoals de A-G aan het slot van zijn conclusie aangaf (punt 7.8), laat zij wijselijk in het midden.

*Eerste toepassing van het algemene verdelingskader* 11. *Mededingingsruimte. The proof of the pudding is in the eating.* Hoe pakt dit algemene toetsingskader inzake mededingingsruimte in de praktijk uit? Nadat de Afdeling in r.o. 10 het relevante toetsingskader voor deze zaak samengevat heeft weergegeven, staat in r.o. 11 de toetsing van het wettelijk voorschrift centraal dat de mededinging beperkt. Dat wettelijk voorschrift is in dit verband — de A-G lijkt op dit punt door het verzoek van de voorzitter enigszins op het verkeerde been te zijn gezet (punt 7.2) — het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet ofwel de gemeentelijke speelautomatenhalverordening.

De Afdeling stelt voorop dat de gemeenteraad op grond van artikel 30c Wet op de kansspelen alleen de bevoegdheid heeft om algemene regels vast te stellen en de verordening dus niet mag toesnijden op één concrete situatie (vgl. Cbb 6 maart 1990, *AB* 1990/399, m.nt. C.P.J. Goorden; Cbb 1 april 1992, *Gst.* 1992, afl. 6952/7, m.nt. C.P.J. Goorden; Cbb 20 januari 2000, *AB* 2000/372, m.nt. J.H. van der Veen, en Cbb 12 september 2012, *ECLI:NL:CBB:2012:BY1559*). Vervolgens constateert de Afdeling dat de burgemeester niet aannemelijk heeft gemaakt dat binnen het op de kaart aangewezen gebied een alternatief voor de vestiging van een speelautomatenhal aanwezig was. Daarbij is voor de Afdeling van belang dat de overige locaties binnen het op de kaart aangewezen gebied in elk geval niet de andere onderdelen

van het door de gemeente beoogde *leisurecentrum* (bioscoop, horeca, etc.) kunnen omvatten. Anders gezegd: als het de bedoeling is dat alleen vergunning wordt verleend voor de vestiging van een speelautomatenhal binnen een *leisurecentrum*, hetgeen expliciet blijkt uit de realisatieovereenkomst tussen de gemeente en de eigenaar van de locatie, dan zijn inderdaad geen alternatieve locaties aanwezig (en is irrelevant of uitsluitend een speelautomatenhal zou kunnen worden gevestigd op een andere locatie binnen het aangewezen gebied). Hierdoor is de mededinging, die al beperkt is omdat slechts één vergunning beschikbaar is, *volledig uitgesloten* en wordt de toegang tot de markt feitelijk voorbehouden aan degene die over de betreffende locatie beschikt.

Nu zou men misschien verwachten — gelet op de door de Afdeling geformuleerde eis dat de beperking in het wettelijk voorschrift van de verplichting om mededingingsruimte te bieden niet zover kan gaan dat *iedere* mededingingsruimte *volledig* wordt *uitgesloten* — dat de Afdeling hier stopt. Dit is echter niet het geval. Zij stelt vervolgens namelijk vast dat de gemeenteraad de ruimte voor mededinging niet kenbaar een rol heeft laten spelen bij de vaststelling van de gemeentelijke verordening, terwijl de uitkomst van de belangenafweging is geweest dat slechts één locatie geschikt is voor het beoogde *leisurecentrum*. Daarmee is de vastgestelde gemeentelijke verordening *in strijd met het gelijkheidsbeginsel* toegesneden op één concrete situatie. Daarnaast is de verordening volgens de Afdeling ook om een andere reden in strijd met het gelijkheidsbeginsel: de gemeentelijke verordening is eerst in werking getreden toen het ruimtelijk besluitvormingstraject voor de betreffende locatie, waardoor vergunningverlening in overeenstemming zou zijn met het bestemmingsplan, was afgerond. Deze andere reden waarom sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel betreft dus niet de inhoud van het algemeen verbindend voorschrift, maar het besluit tot inwerkingtreding hiervan. Dat deze andere reden in de conclusie van de Afdeling (r.o. 14) niet terugkeert, doet twijfel rijzen over de toegevoegde waarde hiervan: zelfs als de verordening direct in werking was getreden, was de verordening nog steeds in strijd geweest met het gelijkheidsbeginsel.

Op dit punt laat deze uitspraak duidelijk zien dat de jurisprudentie over de grenzen van de regelgevende bevoegdheid van de gemeenteraad is geëvolueerd. In 1989 liet het College van Beroep voor het bedrijfsleven aarzelen nog de vermelding van één specifieke locatie in de speelautomatenhalverordening in stand, omdat de burgemeester ook indien deze locatie niet zou zijn genoemd in de verordening, uitsluitend voor deze locatie

een vergunning zou hebben verleend (CBb 3 oktober 1989, AB 1990/398, m.nt. R.M. van Male). Waar zoals gezegd latere jurisprudentie de teugels aanhaalde door de bepalen dat een gemeentelijke speelautomatenhalverordening het aantal vergunningen weliswaar mag beperken tot één, maar niet één specifieke locatie mag aanwijzen, gaat de Afdeling nu nog een stap verder. Als uitsluitend het aantal vergunningen is beperkt tot één, maar een gebiedsaanwijzing (in combinatie met beoogd beleid) ertoe leidt dat feitelijk slechts één locatie geschikt is (zelfs als die niet expliciet wordt genoemd in de verordening), dan heeft de raad eveneens zijn regelgevende bevoegdheid overschreden, althans voor zover het belang van mededingingsruimte bij de totstandkoming van de verordening niet kenbaar een rol heeft gespeeld.

Naar mijn mening hinkt de uitspraak van de Afdeling hier op twee gedachten, want kennelijk kan ook de *volledige* uitsluiting van mededinging nog worden gerechtvaardigd indien de gemeenteraad die uitsluiting kenbaar een rol heeft laten spelen bij de totstandkoming van het wettelijk voorschrift. Daarmee gaat de uitspraak dus eigenlijk over een *andere* uitzondering op de verplichting om mededingsruimte te creëren, namelijk uniciteit. Anders dan de A-G noemt de Afdeling deze uitzondering niet in haar algemene toetsingskader inzake mededingsruimte. In de klassieker *Speelautomatenhal Den Haag* werd deze uitzonderingsgrond van uniciteit wel geëxpliciteerd: wanneer bij voorbaat vaststaat dat alleen de betreffende locatie aan de wettelijke voorschriften voldoet en elke andere aanvraag moet worden afgewezen, bestaat geen verplichting om mededingsruimte te creëren. De Afdeling verfijnt nu deze uitzondering door te eisen dat het proces waardoor de uniciteit wordt geconstrueerd, blijk moet geven van een gerechtvaardigde beperking van de mededinging. Deze constructie doet denken aan art. 32 van de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2014/24/EU), op grond waarvan de zogeheten 'onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking' weliswaar wordt toegestaan – onder meer – indien de opdracht alleen door een bepaalde ondernemer kan worden verricht omdat mededinging ontbreekt om technische redenen, *mits* er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht. Deze kunstmatige beperking komt ook terug in art. 18 lid 1 van de Aanbestedingsrichtlijn, waar onder de aanbestedingsbeginselen naast de klassieke beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit afzonderlijk het zogeheten 'mededingsbeginsel' wordt genoemd: 'Overheids-

opdrachten worden niet opgesteld met het doel [...] om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.'

12. *Passende mate van openbaarheid.* Eerst wanneer een algemeen verbindend voorschrift de (exceptieve) toetsing aan hogere wetgeving en algemene rechtsbeginselen kan doorstaan, komt de toetsing van het besluit tot vergunningverlening in beeld (zie in dit verband r.o. 6.5 en 7.1 van de uitspraak in eerste aanleg). Andersom is dit niet noodzakelijk het geval: als de gemeenteraad ten onrechte de mededingsruimte in de verordening heeft beperkt, kan het hierop gebaseerde besluit tot vergunningverlening op deze grond reeds worden vernietigd. De Afdeling gaat echter in r.o. 12 tevens na of een passende mate van openbaarheid is betracht bij het beschikbaar komen van de vergunning. Die vervolgstap lijkt overbodig, aangezien de uitkomst van deze exercitie bij voorbaat vaststaat: wie meent een gerechtvaardigde uitzondering te maken op de verplichting tot het creëren van mededingsruimte, zal geen passende mate van openbaarheid organiseren.

Allereerst stelt de Afdeling vast dat de vergunning is verleend op volgorde van binnenkomst van de aanvragen. De Afdeling zegt hierover dat deze maatstaf is toegestaan (en volgt daarmee alsnog de A-G), mits de potentiële gegadigden een gelijke kans hebben om te kunnen wedijveren om het 'schaarse publieke recht' (waar elders in de uitspraak steeds wordt gesproken over 'schaarse vergunning'). Vervolgens stelt de Afdeling vast dat door de publicatie van de gemeentelijke verordening alle gegadigden op de hoogte konden zijn van de mogelijkheid om een vergunning aan te vragen. Deze publicatie heeft echter pas plaatsgevonden op 23 maart 2011 – toevallig of niet: de dag van de *Betfair*-uitspraak van de Afdeling –, terwijl (i) Hommerson al sinds 2004 in onderhandeling is met de eigenaar van de locatie over de exploitatie van een speelautomatenhal, (ii) de gemeenteraad in 2008 gelijktijdig met de vaststelling van de verordening heeft ingestemd met de realisatieovereenkomst tussen de gemeente en de eigenaar van de locatie voor een *leisurecentrum* aan het Veerplein 134 en (iii) Hommerson reeds begin 2010 een aanvraag heeft ingediend. De Afdeling meent dat door deze gang van zaken, dus door deze drie omstandigheden gezamenlijk, de publicatie van de gemeentelijke verordening *in dit geval* niet heeft bewerkstelligd dat iedere gegadigde in de gelegenheid is geweest als eerste een aanvraag in te dienen. De enkele bekendmaking en inwerkingtreding van de gemeentelijke verordening was volgens de Afdeling

niet voldoende om te bewerkstelligen dat iedere gegadigde in beginsel gelijke kans had om op de hoogte te zijn van de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. (Terzijde: voor de *beschikbaarheid* van de vergunning was deze publicatie dus kennelijk wel voldoende, nu de verordening het vergunningenplafond van één vergunning vermeldde.) Aangezien de verordening zweeg over de verdelingsprocedure en het aanvraagtijdvak, was in aanvulling op publicatie van de gemeentelijke verordening een expliciete uitnodiging tot mededinging noodzakelijk. Nu die uitnodiging achterwege is gebleven, heeft geen tijdige en adequate bekendmaking van de schaarse vergunning plaatsgevonden, is (dus) geen passende mate van openbaarheid betracht en is (dus) gehandeld in strijd met de transparantieplichting, aldus de Afdeling.

Hoewel deze exercitie dus strikt genomen wat overbodig aandoet, biedt ze met het oog op de rechtsontwikkeling wel mooi inzicht in de toepassing van de informatieverplichting, in het bijzonder in het geval van (impliciete) verdeling op volgorde van binnenkomst. De Afdeling tilt hier zwaar aan het ontbreken van de bekendmaking van een aanvraagtijdvak en een verdelingsprocedure. Als een aanvraagtijdvak was vastgesteld, had de aanvraag van Hommerson namelijk kunnen worden afgewezen wegens indiening buiten het vastgestelde aanvraagtijdvak en was hem zijn mededingingsvoordeel ontkomen. Onduidelijk is echter welke consequenties deze specifieke toepassing in deze zaak voor andere verdelingen van schaarse vergunningen heeft. Is alleen sprake van onvoldoende bekendmaking onder 'deze gang van zaken' of wil de Afdeling sowieso een einde maken aan impliciete verdeling op volgorde van binnenkomst en impliciete aanvraagtijdvaken? Zou de uitkomst anders zijn geweest indien op het moment van bekendmaking en inwerkingtreding van de verordening de eigenaar van de locatie nog niet in contact was getreden met een kandidaat-vergunninghouder, zodat dan wel had kunnen worden volstaan met publicatie van de verordening? Al met al roept deze uitspraak vele nieuwe vragen op ten aanzien van de toepassing van het door de Afdeling geformuleerde kader op verdelingsvarianten, die op basis van deze uitspraak nog niet definitief kunnen worden beantwoord.

*Hoe nu verder?*

13. De Afdeling concludeert in r.o. 14 dat aan de kaart bij de gemeentelijke verordening verbindende kracht moet worden ontzegd wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel (het beginsel van gelijke kansen) en aldus het overschrijden van de regelgevende bevoegdheid van de raad. Verder heeft de burgemeester in strijd gehandeld met de transparantieplichting door niet tijdig

en adequaat informatie over de aanvraagperiode, de verdelingsprocedure en de toe te passen criteria bekend te maken. Om die reden moeten zowel het toewijzingsbesluit als het afwijzingsbesluit worden vernietigd.

De Afdeling schetst vervolgens twee oplossingsrichtingen. De eerste richting betreft (opnieuw) vergunningverlening, maar ditmaal nadat alsnog op enigerlei wijze ruimte voor mededinging is geboden. Als optie noemt de Afdeling daarbij het aanpassen van de kaart bij de gemeentelijke verordening (in welk geval het beleid van een speelautomaatenhal als onderdeel van een *leisurecentrum* kennelijk kan worden gehandhaafd). Een optie die de Afdeling niet noemt, is verhoging van het vergunningenplafond naar twee vergunningen. Als het gebied identiek blijft, zou (theoretisch) ruimte kunnen bestaan voor een tweede speelautomaatenhal wanneer de eis dat de speelautomaatenhal onderdeel is van een *leisurecentrum* wordt losgelaten. Ook in dat geval blijft de mededinging echter (zeer) beperkt. Onder deze eerste oplossingsrichting zal vervolgens een hernieuwde aanvraagprocedure moeten worden gevolgd, waarbij moet worden voorzien in tijdige en adequate bekendmaking van de relevante verdelingsaspecten. De andere oplossingsrichting betreft herroeping van de verleende vergunning: een maximum in de verordening van één vergunning vereist immers niet dat dit maximum daadwerkelijk wordt bereikt.

14. Vijf jaar geleden sprak ik het vermoeden uit dat de Unierechtelijke transparantieplichting in de komende vijf jaar weliswaar een nadrukkelijker plek zou krijgen in de nationale jurisprudentie en dat de 'zwarte eisen' van het College als gevolg hiervan nog enigszins zouden worden verzwakt, maar dat deze transparantieplichting nog niet de overkoepelende norm zou worden die elke verdeling van schaarse vergunningen beheerst. Terugblikkend moet worden geconstateerd dat die nadrukkelijke positionering van de transparantieplichting zich de afgelopen vijf jaar inderdaad nog niet heeft voorgedaan: eigenlijk is zeer opvallend dat in de recente jurisprudentie over de verdeling van schaarse vergunningen de transparantieplichting (of het transparantiebeginsel) vrijwel geen rol van betekenis heeft gespeeld. Dat ligt inmiddels anders bij de verdeling van schaarse subsidies (zie recent met verdere verwijzingen CBb 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:299) en in een geheel andere context en betekenis bij 'niet-schaarse' marktanalysebesluiten op grond van de Telecommunicatiewet (zie bv. CBb 3 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:280). Het blijft gissen naar de redenen voor deze achterstelling van de transparantieplichting juist op het terrein van de verdeling schaarse vergunningen: naast de

verklaring dat bestuursorganen de transparantieverplichting tegenwoordig altijd in acht nemen (waarschijnlijk een illusie), hebben andere rechtsregels of beginselen totnogtoe kennelijk voldoende houvast geboden om de verdeling van schaarse vergunningen te normeren.

Ten opzichte van vijf jaar geleden hebben de 'zware eisen' van het College zich nog wel enigszins doorontwikkeld, maar niet onder expliciete verwijzing naar de transparantieverplichting. Daarmee is transparantie dus inderdaad (nog) niet de overkoepelende norm geworden die elke verdeling van schaarse vergunningen beheerst. Deze uitspraak van de Afdeling kan hierin echter verandering brengen doordat zij het gelijkheidsbeginsel en de hieruit voortvloeiende transparantieverplichting vooropstelt. Daarmee solliciteert deze uitspraak van de Afdeling nu al naar de status van 'klassieker', hoewel de toepassing van het nieuwe, door de Afdeling geformuleerde toetsingskader direct duidelijk maakt dat het laatste woord hierover nog niet is gesproken. In elk geval biedt het toetsingskader een uitstekend ankerpunt om de invulling van de nationaal-rechtelijke mededingingsnorm en informatieverplichting in de toekomst nauw te laten aansluiten op Unierechtelijke ontwikkelingen op dit terrein.

C.J. Wolswinkel

## AB 2016/427

### AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

19 oktober 2016, nr. 201508243/1/A1

(Mrs. B.J. van Ettekovén, R.J.J.M. Pans, J.Th. Drop)  
m.nt. R.S. Wertheim\*

Art. 3.11 lid 3 Wabo

Module Ruimtelijke ordening 2016/7650

ABkort 2016/387

ECLI:NL:RVS:2016:2734

**Als voor het verlenen van een omgevingsvergunning een verklaring van geen bedenkingen (vvgb) is vereist, moet een ontwerp daarvan ter inzage worden gelegd. Daartegen kunnen zienswijzen worden ingediend.**

*Uit de tekst van art. 3.11, lid 3, van de Wabo en de geschiedenis van de totstandkoming van de Wabo volgt dat, in het geval dat een vvgb is vereist, eerst een ontwerp van de vvgb ter inzage moet worden*

*gelegd waartegen zienswijzen kunnen worden ingediend. Nu in het onderhavige geval de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in art. 2.1, lid 1, onder c, van de Wabo, waarbij met toepassing van art. 2.12, eerste lid, onder a, onder 3°, van de Wabo wordt afgeweken van het bestemmingsplan, is voor het project ingevolge art. 6.5, lid 1, van het Bor in samenhang gezien met art. 2.27, lid 1, van de Wabo een vvgb van de raad vereist. De Afdeling stelt vast dat de raad op 3 september 2014 een vvgb heeft afgegeven voor het bouwplan. Nu echter geen ontwerp van de vvgb ter inzage heeft gelegen, heeft de rechtbank ten onrechte niet onderkend dat het college de door de raad afgegeven vvgb niet aan zijn besluit ten grondslag had mogen leggen en dat het college derhalve ingevolge art. 6.5, lid 1, van het Bor niet bevoegd was om voor het bouwplan omgevingsvergunning te verlenen.*

Uitspraak op het hoger beroep van appellant A. en appellant B., beiden wonend te Zevenhuizen, gemeente Leek, tegen de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 24 september 2015 in zaak nr. 15/318 in het geding tussen:

appellanten

en

het college van burgemeester en wethouders van Leek.

### Procesverloop

Bij besluit van 10 december 2014 heeft het college aan vergunninghouder een omgevingsvergunning verleend voor het realiseren van een varkensstal op het perceel locatie 1 te Zevenhuizen (hierna: het perceel) en voor het in strijd met het bestemmingsplan "Buitengebied Leek" gebruiken van deze stal.

Bij uitspraak van 24 september 2015 heeft de rechtbank het door appellanten daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben appellanten hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 22 augustus 2016, waar appellanten, in de persoon van appellant A. en bijgestaan door drs. J.P. van den Bos, en het college, vertegenwoordigd door ing. P.J. Arkema en ing. H.A. ter Beeke, beiden werkzaam bij de gemeente, zijn verschenen. Voorts is ter zitting vergunninghouder als partij gehoord.

\* Advocaat te Zwolle, deeltijd docent Rijksuniversiteit Groningen.